COLLECTION SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

Nour-Eddine TERKI
CHARGE DE COURS
A L'UNIVERSITE D'ALGER

476777

476.777.

LES SOCIETES ETRANGERES EN ALGERIE

PREFACE DE AHMED MAHIOU
PROFESSEUR AGREGE
A L'UNIVERSITE D'ALGER

OFFICE DES PUBLICATIONS UNIVERSITAIRES
29, RUE ABOU NOUAS HYDRA ALGER

151 . 612

A la Mémoire de ma Mère,

A ma Femme,

A mes Filles, Naila et Yasmine

A mes Maîtres.

PREFACE

En accomplissant un rôle de préfacier, on se trouve dans une position à la fois injustement honorifique et assez ingrate. D'un côté, on est quelque peu associé aux mérites d'un travail auquel on a peu ou pas du tout contribué ; de l'autre côté, on se demande comment s'acquitter de cette honorifique obligation notamment lorsqu'elle concerne le travail d'un enseignant devenu assurément un collègue, mais surtout un ami. C'est bien à dernier titre que je dois l'excuse de ces quelques lignes.

Traiter des sociétés étrangères en Algérie, c'est apparemment traiter un chapitre classique du droit international privé et, précisément, le présent ouvrage est le résultat d'une recherche en vue d'une thèse de doctorat soutenue brillamment, en Janvier 1975, devant l'Institut des Sciences Juridiques de l'Université d'Alger. Mais, l'aspect classique n'est qu'apparent, car certaines données impriment une résonance particulière au sujet comme à son approche.

Tout d'abord, l'actualité du sujet. Les conflits récents qui ont opposé, en 1970-1971, les sociétés pétrolières françaises à l'Algérie et dont toutes les répercussions ne semblent pas épuisées, ont revêtu un aspect trop retentissant pour ne pas inciter le chercheur à s'interroger sur leur assise juridique et à tester l'expérience de redéfinition des rapports entre un Etat et des sociétés étrangères.

Ensuite, il s'agit de rapports entre des sociétés étrangères et un pays ayant des options socialistes dont la réalisation incombe aux entreprises publiques (devenues entreprises socialistes), aux entreprises autorégéres et coopératives. Par conséquent, le secteur privé qui ne peut jouer qu'un rôle d'appoint est en quelque sorte suspect, surtout s'il n'est pas local. En effet, si, en tant que privé, il introduit une première contradiction par rapport aux options socialistes, en tant qu'étranger, il ajoute une seconde contradiction liée aux relations entre pays nouvellement indépendants et sociétés étrangères.

Car - et enfin - le sujet traité ici évoque inévitablement le thème très actuel et très controversé des sociétés ou firmes multi-nationales. Ce thème est projeté avec force au premier plan des préoccupations de tous les Etats et des institutions internationales, en le dépouillant d'ailleurs de son aspect juridique. En effet - on s'en doutait un peu - derrière le rideau juridique, l'enjeu est fondamentalement d'ordre économique et politique : il s'agit, ni plus ni moins, de l'indépendance des pays en voie de développement enserrés dans les réseaux et

activités des sociétés qui dominent la vie économique mondiale.

Tous ces éléments constituent à la fois la toile de fond et le cœur du débat entrepris par Nourredine TERKI et dont la formulation juridique est simple : les sociétés étrangères qui opèrent en Algérie sont-elles soumises partiellement ou totalement au droit et au juge algériens ? Cependant, autant la formulation est simple, autant les réponses sont complexes et controversées.

Sans prétendre résumer la substance d'une impressionnante démonstration dont seule la lecture permet d'apprécier la richesse, la qualité et la rigueur, notons que Nourredine TERKI l'articule autour de deux axes relatifs respectivement à l'identification et à la condition juridique de la société étrangère. A propos de chacun de ces points, il montre que l'analyse classique a, sous couvert de rigueur et de logique juridiques, cherché à protéger certains intérêts au détriment d'autres. Or, à cet égard, son choix est fait.

Ainsi, s'agissant du premier point, la doctrine dominante établit un lien direct entre la nationalité et la loi applicable engendrant, par là même, un conflit de lois puisque la société étrangère se trouve nécessairement soumise soit à la loi de son pays d'origine, soit à la loi du pays d'accueil. Or, l'auteur montre qu'il faut établir une distinction entre l'allégeance juridique (loi compétente) et l'allégeance politique (nationalité) si l'on veut appréhender correctement le problème. Pour le prouver, il remet en cause, sur le plan logique comme sur le plan de l'opportunité, les théories et démonstrations qui soutiennent une certaine application de la loi étrangère. On pourra apprécier l'ampleur de l'argumentation, la parfaite maîtrise des concepts et des techniques juridiques ainsi qu'un réel talent dialectique dans la controverse qui oppose Nourredine TERKI soit à d'éminents auteurs, soit au raisonnement des juges dont il met à nu les faiblesses ou les contradictions.

Mais, il ne se contente pas d'une réfutation, bien que la tâche soit déjà importante ; il va, à son tour, proposer une solution et la défendre, non pas parce qu'il s'agit de sacrifier à un rite académique - une thèse de doctorat - mais parce qu'il croît à la valeur logique et à l'opportunité du critère proposé. Il estime ainsi que le «territorialisme» est susceptible de permettre de résoudre les problèmes posés : le conflit de lois et la sauvegarde de la souveraineté des pays en voie de développement. On voit, tout de suite, les objections que ce critère peut soulever, notamment par le fait qu'il implique l'application exclusive de la loi algérienne à la société étrangère, surtout lorsqu'il s'agit de tous les aspects des rapports sociaux. Un territorialisme aussi intransigeant peut apparaître

excessif, surtout que, dans certains cas, l'invocation de la loi étrangère devant le juge algérien n'est pas nécessairement contraire à la souveraineté du pays ; elle pourrait même se révéler davantage protectrice - tout dépend du contenu de la loi. Le débat est donc loin d'être clos sur ce point. En tout cas, Nourredine TERKI verse au dossier des éléments et une solution à propos desquels chacun est tenu de se prononcer clairement.

En revanche, les conclusions auxquelles parvient l'auteur à propos de la nationalité des sociétés sont incontestables. Tout au plus, pourra-t-on penser que les solutions sont justifiées autant pour des raisons politiques que pour des raisons techniques. Mais il est aisé de répliquer - et il ne s'en fait pas faute - que les critères traditionnels n'échappent guère à ce reproche, encore que l'argumentaiton juridique tente de l'esquiver. En effet, le critère de la nationalité est inspiré des motifs d'opportunité, de nature politique. C'est d'ailleurs, la constatation faite par MM. LOUSSOUARN et BREDIN dans leur appréciation de la jurisprudence française : «la nationalité des sociétés a été déterminée par référence au siège social ; elle a ensuite dépendu du critère du contrôle lorsque la guerre a rendu cette solution nécessaire ; puis elle a de nouveau pris appui sur le siège social ; certaines décisions récentes manifestent enfin un retour offensif du contrôle jugé à tort ou à raison apte à protéger les intérêts lésés par les nationalisations algériennes (Droit du commerce international, Sirey, 1969, p. 8).

C'est le même souci, franchement affirmé, de protection des intérêts nationaux qui inspire la législation algérienne relative à la condition de la société étrangère et que Nourredine TERKI analyse minutieusement dans la seconde partie de son ouvrage. L'analyse fait ressortir l'absence d'un texte unique ou d'un code permettant de fixer l'ensemble du régime juridique relatif à l'établissement, la forme, le statut fiscal, le transfert des bénéfices, le contentieux des sociétés étrangères. Cette situation est, à bien des égards, paradoxale : dans la mesure où l'Algérie fait appel de plus en plus à de telles sociétés pour réaliser son plan de développement et asseoir son industrialisation, ne devraitelle pas disposer d'une sorte de code de conduite des sociétés étrangères qui établirait les règles du jeu ?

Nourredine TERKI esquisse ce corpus juridique en soulignant le fil conducteur qui sous-tend des dispositions éparpillées dans diverses sources juridiques (lois de finances, code des investissements, accords pétroliers et autres conventions) mais il ne manque pas aussi de révéler les obscurités, les insuffisances et parfois les contradictions des textes qui appellent, un jour ou l'autre, une codification

cohérente pour l'élaboration de laquelle les analyses présentées ici constituent une contribution décisive.

Certes, là encore, comme auparavant, on peut nuancer ou discuter les propositions avancées ; c'est que l'enjeu est bien trop important pour que l'on puisse refermer l'ouvrage sans réagir, quelque opinion que l'on ait sur le sujet. Mais, on ne peut manquer de noter la rigueur et l'honnêteté de l'auteur lequel - au risque d'encourir le reproche injustifié d'intransigeance ou de dogmatisme - refuse les faux-fuyants et se méfie des fictions juridiques qui encombrent trop de démarches savantes et ne sont, sous le paravent des catégories juridiques, des qualifications, des rationalisations ou systématisations, que le reflet de l'idéologie visant au triomphe de certains intérêts. Car c'est d'intérêts qu'il est question, et d'intérêts antinomiques à propos desquels il est vain de chercher le dépassement dans de fausses solutions. C'est, au contraire, selon la remarque de M. Charles CHAUMONT, leur méconnaissance ou leur camouflage qui en détachant le droit du concret, conduit à la violation, à la désuétude et au mépris du droit.

Or, pour citer encore Charles CHAUMONT, «parmi ces antinomies, il en est trois dont il faut souligner le rôle déterminant : celle de la coopération et des indépendances nationales, celle de l'ordre juridique international et de la révolution, celle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et des zones d'influence» (Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1970, T.1 p. 349).

Toute recherche sur les rapports entre les sociétés étrangères et les jeunes Etats renvoient nécessairement à ces antinomies qui structurent les relations internationales actuelles et expliquent la vigueur, d'une part, des dénonciations de l'ordre ancien, d'autre part, des revendications pour un nouvel ordre international. Mais, il faut prendre garde et ne pas céder à l'illusion quant à la nature et à la portée de ce nouvel ordre ; dans son mouvement à peine en gestation, il a déjà pour premier mérite d'éviter de mettre entre parenthèses les contradictions en les camouflant ; son autre mérite est de tenter de les atténuer à l'avantage des pays en voie de développement ; quant à réaliser la synthèse en les dépassant, c'est un tout autre problème comme le prouve, précisément, à propos d'une expérience très limitée mais assez exemplaire, le présent travail qui dessine ou suggère certains aspects juridiques du nouvel ordre économique international. Ce n'est pas son moindre mérite.

Ahmed MAHIOU
Professeur Agrégé
Institut des Sciences
Juridiques d'ALGER.

INTRODUCTION GENERALE

Il n'est pas tellement besoin de s'attarder afin de justifier l'intérêt de cette étude dont l'objet est de tenter de répondre à toutes les questions que suscite l'établissement des sociétés étrangères en Algérie.

Les raisons susceptibles d'être invoquées ne font pas défaut. Il suffit de rappeler les plus importantes.

Par suite de son option en faveur d'une voie socialiste de développement, l'Algérie indépendante (1) a vu s'opérer, en l'espace d'une décennie, une transformation radicale de son cadre socio-économique. On peut, dès lors, se demander dans quelle mesure une telle conception est conciliable avec l'activité de sociétés qui sont à la fois le produit et l'instrument du capitalisme. Une réponse nous sera donnée à travers le statut juridique que le législateur réserve à ces entreprises dont le nombre est loin d'être négligeable (2).

Le bouleversement que vient de connaître le système d'exploitation des hydrocarbures et la brûlante actualité des problèmes énergétiques dans le monde constituent également autant de justifications de ce travail, d'autant plus que le nouveau régime juridique institué dans notre pays semble inspirer d'autres pays producteurs de pétrole.

Il convient d'ajouter, enfin, que l'établissement d'une société étrangère sur notre territoire, tel qu'il ressort du droit pétrolier, du code des investissements et du droit commun, n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'une recherche d'ensemble.

Il ne faut pas cacher cependant qu'avant de se voir offrir une place appréciable dans la politique de développement (Section II), la société étrangère a dû connaître certaines vissicitudes inhérentes à la période transitoire (Section I).

SECTION I
LA SOCIETE ETRANGERE DANS LA PERIODE TRANSITOIRE

A l'origine de la domination coloniale, les rares sociétés existantes n'avaient investi de maigres capitaux que dans la sphère de la circulation (banque, commerce, transport), de l'agriculture et des mines.

C'est que l'Algérie, à l'instar des autres pays colonisés, devait se contenter d'absorber les produits manufacturés des grandes firmes «métropolitaine» et servir de réservoir de main-d'œuvre et de matières premières à bon marché (3)

Par la suite, le pays devait bénéficier de la conjonction de deux facteurs favorables : l'effort de guerre qui s'imposait à la France et l'implantation sur notre territoire d'une minorité européenne ont contribué à donner naissance à un embryon d'industrialisation.

---

(1) - V. Proclamation des résultats du référendum d'autodétermination du 1er Juillet 1962, J.O. du 6 Juillet 1962, p. 3.

(2) - Selon un recensement fait en 1970 par l'Office National de la Propriété Industielle, il y avait 282 sociétés étrangères qui exerçaient en Algérie.

(3) - V. Programme du Front de Libération Nationale, adopté à TRIPOLI en Juin 1962, p.,35 et s.

Les investissements étrangers en Algérie ne connurent un accroissement sensible qu'à partir de l'année 1956 : date marquante de la ruée vers les hydrocarbures recélés par le sous-sol saharien. D'énormes capitaux furent en effet consacrés à la recherche et à l'exploitation de cette précieuse substance, à la fois source indispensable d'énergie et matière première pour l'industrie pétrochimique.

Il est intéressant de remarquer que l'activité économique était monopolisée par des sociétés de nationalité française ; caractère qui pouvait se vérifier tant au regard du critère du siège social qu'au regard du critère du contrôle.

De plus, ces entreprises industrielles, et à plus forte raison pétrolières, n'étaient pour la plupart que des filiales d'importants groupes français, tels que Péchiney, Saint-Gobain, Lesieur, Berliet, Renault, Cellunaf... C.F.P. et ELF-ERAP. Ce qui signifie qu'en dépit de leur autonomie juridique, les premières étaient étroitement dépendantes des seconds (1).

L'accession de l'Algérie à l'indépendance allait être accueillie différamment par ces diverses firmes.

Pressentant la fin de l'ère coloniale, certaine préférèrent transférer leur activité hors de nos frontières pour échapper à l'influence de la nouvelle puissance publique.

D'autres, au rang desquelles se trouvaient notamment les compagnies pétrolières, les entreprises minières et les exploitations agricoles, prirent le parti de continuer à exercer leur activité nonobstant l'intervention de la mutation de souveraineté.

En raison de l'instauration d'une politique de récupération des richesses nationales - préalable à la réalisation d'une politique de développement - quelques-unes parmi ces dernières sociétés firent l'objet d'une mesure d'expropriation résultant soit d'une déclaration de «bien de l'Etat» (2) soit d'une nationalisation partielle (3) ou totale (4).

Enfin, d'autres sociétés, de moindre importance (5), refusant sans doute de croire à la naissance d'une Algérie «algérienne», pourtant prévisible, décrétèrent, au dernier moment, la fermeture de tous leurs établissements. Ce qui permit ainsi à leurs administrateurs et à une importante partie de leur personnel de se joindre au phénomène d'exode des européens d'Algérie vers la France.

Une telle situation, créée par la mise en état d'hybernation de nombreuses personnes morales privées, mit l'Exécutif Provisoire - composé de façon paritaire d'Algériens et de Français (6) - devant des difficultés socio-

---

(1) - V. en ce sens : A.AKKACHE, capitaux étrangers et libération économique : l'exprérience algérienne, éd. Maspéro, Paris, 1971, p. 53 et s.

(2) - En ce qui concerne la déclaration de «biens d'Etat» des exploitations agricoles, v. Infra, p. 105 et s.

(3) - V. Infra, p. 130.

(4) - V. Inra, p. 263.

(5) - V. G. DESTANNE DE BERNIS, l'économie algérienne depuis l'indépendance, in les économies maghrébines, l'indépendance à l'épreuve du développement économique, éd. CNRS, 1971, p. 21.

(6) - V. Accords d'Evian, J.O.R.F. du 20 Mars 1962.

économiques quasi-insurmontables.

Pour y rémedier, il promulgua l'ordonnance n.- 62.020 du 24 août 1962 relative à la protection et à la gestion de ces biens vacants (1).

Une partie de la doctrine française a qualifié cette notion de vacance de mesure de «spoliation». Comme cette qualification ne concorde pas avec les faits, il nous paraît opportun de nous y arrêter. Nous verrons qu'au lieu d'être animée d'un esprit de confiscation, la législation qui organisait les biens vacants avait plutôt un caractère conservatoire (§ 1). La dévolution de ces biens à l'Etat n'est intervenue, quatre années plus tard, que par suite de la carence prolongée de leurs titulaires (§ 2).

§ 1 - LE CARACTERE CONSERVATOIRE DE LA LEGISLATION DES BIENS VACANTS -

La démonstration de ce caractère conservatoire peut être faite en nous appuyant sur deux propositions : cette législation ne conférait que des pouvoirs provisoires en matière d'administration des sociétés en état de vacance (A) ; elle impliquait donc le maintien des droits des propriétaires (B).

A) - L'administration provisoire des sociétés en état de vacance -

Pour relancer l'économie du pays, lequel était «menacé d'asphyxie» (2), l'ordonnance du 24 Août 1962 avait conféré de larges pouvoirs d'administration aux préfets.

Dans un délai de trente jours après la promulgation de cette loi (3), et sur avis favorable de la «délégation économique» (4) , il pouvait faire procéder à l'ouverture et à l'exploitation de tout établissement à caractère industriel, commercial ou financier, en état d'inactivité depuis plus de deux mois (Art.1) et entravant de ce fait la vie économique (Art. 2).

Dans le cadre de sa mission d'administration des biens en état de vacance, l'autorité préfectorale devait désigner des «administrateurs-gérants» (Art. 10). Les attributions de ces derniers se limitaient à la simple gestion de l'entreprise (Art. 11). C'est dire qu'ils se voyaient interdire d'aliéner tout droit ou tout bien immobilier et tout élément corporel ou incorporel, abstraction faite des produits de l'activité de l'établissement.

Le caractère provisoire de cette administration était en outre corroboré par l'article 12. Il disposait que : «si au cours de cette administration, les propriétaires, gérants administrateurs, concessionnaires légaux entendaient assurer ou faire assurer directement ou indirectement la gestion normale de

---

(1) - J.O. du 7 Septembre 1962, p. 138.

(2) - N. GUECHE, la législation des biens vacants en Algérie, Rev. Alg. 1964, p. 129.

(3) - Dans l'esprit du législateur, ce délai devait permettre aux intéressés de reprendre leur activité.

(4) - V. Accords d'Evian, op. cit.

l'établissement, ils seront réintégrés immédiatement dans l'ensemble des biens...».

Mais dans cette période de désorganisation totale, au cours de laquelle tout était à faire, les attributions d'administration confiées au préfet se révélaient difficilement réalisables.

C'est alors qu'une situation de fait se substitua provisoirement ou droit (1). Dans différentes entreprises vacantes, des ouvriers, pour échapper au chômage, prirent l'initiative de former des organismes collégaux chargés de remettre en marche l'activité de l'établissement.

Il ne restait au droit qu'à venir, a postériori, revêtir du manteau de la légalité toutes ces situations de fait. C'est notamment ainsi que le décret du 23 Novembre 1962 (2) institua des comités de gestion (3) au sein des entreprises industrielles et minières vacantes.

Mais ces dispositions maintenaient «le droit de retour au propriétaire» (4).

Tout en modifiant partiellement ce décret du 23 Novembre 1962, l'important décret du 18 Mars 1963 (5) eut le mérite d'édicter les critères de la vacance et de prévoir une voie de recours : «dans les deux mois suivant la publication au Journal Officiel de l'arrêté de vacance, le chef d'entreprise pourra contester la validité ou le bien fondé de la décision de vacance en assignant l'Etat Algérien en la personne du préfet ayant pris la décision par devant le Juge des référés dans le ressort duquel se trouve la préfecture» (Art.7,al.1er).

C'est ce fondemant juridique qui permit à certains magistrats d'ordonner des restitutions de biens à leurs anciens propriétaires (6)

B) - Le maintien des droits des propriétaires -

A la question de savoir si la législation relative à la gestion des biens vacants était génératrice d'un transfert de propriété, une partie de la doctrine et de la jurisprudence françaises répondent par l'affirmative.

Elles soutiennent, sans la moindre hésitation, que cette règlementation a un caractère «confiscatoire» ; et qu'il n'y aurait pas lieu de faire de distinction entre des notions telles que la nationalisation, l'étatisation, l'expropriation... et la déclaration de vacance(7). Car, souligne M. Loussouarn, «le législateur algérien a lui-même soigneusement entretenu cette équivoque en baptisant

---

(1) - Pour une vue d'ensemble sur ce problème, v. R. SAVATIER, réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Mélanges Ripert, 1950, tome 1, p. 75 et s ; J. NOIREL, le droit civil contemporain et les situations de fait, R.T.D.C, 1959, p. 456 et s.

(2) - Décret n.- 62.38 du 23 Novembre 1962, J.O. du 23 Novembre 1962, p. 56.

(3) - Elus par l'assemblée des travailleurs de chaque exploitation, ces comités de gestion désignaient un président chargé d'assumer les fonctions de l'«administrateur-gérant».

(4) - F. BORELLA, le droit public économique algérien, Rev. Alg., 1966, p. 272.

(5) - Décret n.- 63.88 du 18 Mars 1963, J.O. du 22 Mars 1963. p. 282.

(6) - V. Trib. Grde. Inst. d'Alger, 27 Mai 1963, Rev. Alg. 1966, p. 148 ; Cour d'Appel d'Alger, 2ème Ch. Civ. 10 Février 1966, Rev. Alg. 1966, p. 602.

(7) - V. notamment : Y. LOUSSOUARN, du caractère confiscatoire des mesures prises par

d'appellations diverses des mesures dont la similitude était pourtant frappante» (1).

En réalité, pour que la confiscation pût être valablement alléguée, il eût fallu que la mesure considérée opérât un transfert de propriété des biens ou des droits patrimoniaux au profit de l'Etat ou d'une personne désignée par lui (2) Or plusieurs arguments militent en faveur d'une solution inverse.

Il convient, tout d'abord, d'opposer aux tenants de la thèse de la confiscation, le «droit de retour» des propriétaires, gérants et administrateurs, édicté aussi bien par l'article 12 de l'ordonnance du 24 Août 1962 que par le décret du 23 Novembre de la même année (3). Une telle faculté était d'autant moins théorique qu'une publicité avait été prévue conjointement dans trois journaux quotidiens français et dans trois autres édités en Algérie (4).

L'obligation faite «aux administrateurs-gérants» des entreprises vacantes de consigner une part de bénéfices résultant de leur gestion provisoire (5) est également significative, puisque la reconnaissance d'un tel droit ne pouvait se concevoir qu'en l'absence de tout transfert de propriété.

Enfin, si cette législation était véritablement source d'une confiscation des biens vacants, comment expliquer, alors, l'intervention de l'ordonnance du 6 Mai 1966 portant dévolution à l'Etat de ces mêmes biens ?

§ 2 - LA DEVOLUTION A L'ETAT DES BIENS VACANTS -

Quatre années après la promulgation de l'ordonnance du 24 Août 1962 ayant pour objet de pallier la carence des administrateurs et des gérants de certaines entreprises, le législateur a estimé nécessaire de mettre fin à une situation équivoque caractérisée par l'existence de biens et de droits sans titulaires effectifs.

En effet, l'ordonnance n.- 66.102 du 6 Mai 1966 (6) transféra à l'Etat la propriété des biens abandonnés.

---

l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises D. 1969, Ch. p.241 ; A. GHANASSIA, note s. Trib. Aix en Provence, 8 Mars 65, D. 1965, p. 593 et note s. Toulouse 2ème Ch., 14 Novembre 1966, JCP 1967 -II- 15083 ; RIBS ET ASTIMA, le droit à l'indemnisation des spoliés d'Algérie, JCP 1966 - 1974 ; v. également : Montpellier, 4 Mai 1966, JCP 1966 -II 14867 ; Paris, 1ère Ch., 17 Janvier 67, JCP 67 -II- 15032 concl. Avocat général Seltensperger ; Cour de Lyon, 1ère CH., 5 Avril 1967, cl. 1967 - 859, P. Ch. ; Paris, 3 Mars 1970, JCP 1970 - 16330 ; contra : F. GIVORD, les dettes des rapatriés, le droit et l'équité, D. 1968, ch. p. 15.

(1) - Y. LOUSSOUARN, op. cit.

(2) - cf. E. SCHAEFFER, Encyclop. Dall. dr. int., V. «Confiscation».

(3) - cf. Supra, p. 10.

(4) - Art. 18, ord. n.- 62.020 du 24 Août 1962, op. cit.

(5) - L'article 12 de l'ordonnance n.- 62.020 du 24 Août 1962 prévoyait que cette part de bénéfices devait être versée, sur simple demande, aux propriétaires ou aux anciens administrateurs légaux.

(6) - *J.O.R.A. du 6 Mai 1966, p. 344.*

Ce texte pose deux problèmes complémentaires : celui de son champ d'application (A) et celui de l'indemnisation des biens ainsi dévolus à l'Etat (B).

A) - Le champ d'application de l'ordonnance du 6 mai 1966 -

A en croire un auteur, il semblerait que le champ d'application de cette ordonnance soit assez limité. En s'appuyant sur une déclaration du Président Boumediène (1) et sur le fait que «dans la pratique l'expression «biens vacants» tendrait à ne plus signifier que locaux à usage d'habitation...» ; M. BORELLA considère que les dispositions de l'ordonnance n.- 66.102 du 6 Mai 1966 ne s'appliquent qu'aux logements (2). Ce qui, en d'autres termes, aurait pour conséquence d'en exclure les biens et droits dépendant d'exploitations industrielles, minières, commerciales, ou agricoles vacantes.

Une telle interprétation n'est pas satisfaisante : elle heurte les propres termes de l'ordonnance ; elle paraît contraire à la jurisprudence.

Cette opinion est en contradiction avec le contenu de l'article 1er de l'ordonnance du 6 Mai 1966 aux termes duquel : «la propriété des biens mobiliers et immobiliers vacants est dévolue à l'Etat». Cette rédaction est tellement large qu'elle s'avère, de ce fait, incompatible avec toute tentative de restriction du domaine d'application de cette loi.

La thèse de M. BORELLA a également été écartée par la jurisprudence.

La société d'Exploitation des Transports MARTEFON demanda au Tribunal d'Alger (section commerciale) de condamner la Société Eclairage Technique à lui payer la somme principale de 16.678 DA 35 pour diverses opérations de dédouanement et de récéption de marchandises, les intérêts de droit et une certaine somme à titre de dommages-intérêts. La société défenderesse lui opposa que ses biens avaient été déclarés biens de l'Etat par l'arrêté préfectoral du 14 Septembre 1967, et qu'en application de l'article 12 du décret du 18 Mars 1963 (3) aucune poursuite ou voie d'exécution ne pouvait être exercée à son encontre en raison d'obligation antérieures à l'état de vacance.

Tout en rejetant l'application de cette dernière disposition, le Tribunal d'Alger, par sa décision du 24 Octobre 1968 (4), confirma que les biens de la Société Eclairage Technique avaient fait l'objet d'une dévolution à l'Etat. Mais il éluda le problème du transfert du passif (5). Il préféra débouter la demanderesse en se fondant sur un défaut de production de pièces justificatives.

Ce jugement encourt une importante critique : Il fait une confusion entre la notion de nationalisation et celle de déclaration de «biens de l'Etat». Or une différence considérable sépare ces deux mesures : la première qui opère transfert de propriété suppose une indemnisation, alors que la seconde qui

---

(1) - *Discours radiodiffusé du 8 Mai 1966.*
(2) - *F. BORELLA ,op. cit. pp. 752 et 753.*
(3) - *Décret n.- 63.88 du 18 Mars 1963 J.O. du 22 Mars 1963, p. 282.*
(4) - *Trib. d'Alger, section comm., 24 Octobre 1968, Rev. Alg., 1969, p. 575.*
(5) - *En ce qui concerne le sort du passif en cas de nationalisation, V. Infra, p. 263 et s.*

porte dévolution de biens à l'Etat l'exclut.

B) - L'absence d'indemnisation -

L'ordonnance du 6 Mai 1966 portant dévolution à l'Etat de tous les biens vacants n'a prévu aucune indemnisation.

Peut-on pour autant, à l'instar de certains auteurs (1), qualifier cette mesure de spoliation ?

Abstraction faite des facteurs affectifs, la réponse, sur le plan juridique, ne peut être que négative.

La première donnée essentielle à prendre en considération, et qui est dans tous les cas passée sous silence, est que la confiscation débute en principe toujours par un acte d'autorité de la puissance publique ; lequel acte a pour objet de déposséder une personne privée d'une partie ou de la totalité de ses biens.

Parce qu'elle n'intervient que pour régler le sort de certains biens abandonnés, la dévolution édictée par l'ordonnance précitée revêt une nature fondamentalement différente : le législateur ne se borne qu'à tirer les conséquences résultant de la carence délibérée des anciens titulaires de ces droits, malgré l'invitation qui leur avait été faite d'en reprendre la gestion (2).

Bien qu'elle soit de nature politique, une seconde considération mérite d'être également invoquée. Elle est constituée par le fait que les entreprises qui cessèrent subitement leurs activités au lendemain de l'accession du pays à la souveraineté le firent quelquefois par peur de l'avenir, mais, dans la plupart des cas, elles le firent dans le dessein de paralyser l'économie. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 24 Août 1962 (3) est, à ce propos, suffisamment éloquent : «...cette défaillance (d e certains titulaires de droits patrimoniaux) peut, dans certains cas, avoir pour effets d'entraver la vie économique de la nation ou celle des collectivités locales. **Elle constitue le plus souvent une situation anti-sociale** (4) particulièrement en ce qui concerne les entreprises... dont la fermeture condamne au chômage une part importante de la population...». Ce langage est d'autant plus significatif que l'Exécutif Provisoire, auteur de ce texte, était composé paritairement de représentants algériens et de représentants français (5).

Peut-on encore, dans ces conditions, envisager raisonnablement une quelconque indemnisation (6) ? Surtout si l'on se souvient que, dans le cadre même de la conception classique, l'Etat devient de plein droit propriétaire des biens

(1) - V. Supra, p. 10, note 7.
(2) - V. Supra, p. 10.
(3) - Cf. Supra, p. 9, note 1
(4) - C'est nous qui soulignons.
(5) - V.J. LECA, l'organisation provisoire des pouvoirs publics de la République Algérienne, Rev. Alg., 1964, p. 13 et s.
(6) - Sur le problème de l'indemnisation, v. M. BEDJAOUI, rapport à la commission de droit international, 21ème session A/CN 4-216.

patrimoniaux abandonnés (1)

De plus, dans l'affaire «Royal Dutch», qui n'est pas sans présenter une certaine similitude avec notre situation, la Cour de Cassation française a fait sien le principe d'une dépossession sans indemnité d'un ressortissant français par une autorité étrangère (2).

Il est vrai que cette haute juridiction adopta une attitude différente à propos des mesures prises par l'Algérie. Pour refuser de libérer l'ancien propriétaire de ses dettes, elle décida que les textes portant déclaration de vacance ou de «bien d'Etat» sont contraires à l'ordre public français, qui prévoit que nul ne peut être privé de ses droits sans une indemnité équitable préalablement fixée (3).

Quoi qu'il en soit, même si certaines sociétés étrangères établies sur notre territoire avant son accession à la souveraineté ont, d'une façon ou d'une autre, été touchées pendant cette période transitoire par une mesure de dépossession, d'autres sont invitées à s'y installer afin de participer à la réalisation de notre politique de développement économique.

SECTION II
LA SOCIETE ETRANGERE DANS LA POLITIQUE DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE

Comme tous les pays anciennement colonisés, l'Algérie se trouvait dans un état de totale dépendance économique (4).

C'est pourquoi, sans attendre sa libération politique, elle avait déjà manifesté

---

(1) - V. Jurisel. Civ. Art. 711 à 881, n.- 5.
L'article 79 de l'ordonnance n.- 71.73 du 8 Novembre 1971 portant Révolution agraire (J.O.R.A. du 30 Novembre 1971, p. 1281) reprend la même solution. Ce qui démontre qu'aucune discrimination n'est faite sur ce plan entre le national et le ressortissant étranger.
(2) - Cass. Civ. 25 Janvier 1966. D. 1966 - 390, note Y. LOUSSOUARN ; Rev. crit. de dr. int. priv., 1966 - 238, concl. DESANGLES, note PH. Francescakis ; jour. dr. int. priv., 1966 - 631, note J.D. BREDIN.
(3) - V. notamment : Cass. civ. 1ère Ch. 23 Avril 1969, GP. 1969 - 2 - 276, conclusion de l'avocat général BLONDEAU ; Cass. civ., 1ère Ch., 18 Juin 1969, GP. 1969 - 2 - 245 ; Cass. civ., 1ère Ch., 16 Février 1970, Bull. Cass., 1970 - 1 - 45 ; Cass. Civ., 1ère Ch. 6 Octobre 1969, Bull. Cass. 1969 - 1 - 226 ; Cass. Civ. 1ère Ch. 28 Mai 1970, Bull. Cass., 1970 - 1 - 144.
(4) - Parmi un grand nombre d'auteurs qui ont écrit sur cette question, on peut citer : JEANNENEY, rapport sur la politique de coopération avec les pays en voie de développement, remis au gouvernement français le 18 Juillet 1963, Documentation française, p. 25 ; F. PERROUX, grande firme et petite nation, Annexe 4, Rapport Jeanneney, op. cit. p. 55. Dans cette étude, cet auteur souligne que : «le rapport de «colonisateur» à «colonisé» se définit pratiquement par deux inégalités :
1/ le colonisé n'est pas juridiquement et politiquement autonome : il reçoit les options principales concernant la vie de ses populations des pouvoirs publics du pays colonisateur.
2/ d'autre part, à l'époque industrielle le colonisateur a une économie d'une structure telle qu'elle peut imposer ses exigences à l'économie du colonisé ; le colonisateur a une industrie reliée à ses propres marchés intérieurs ; le colonisé reçoit des unités industrielles orientées principalement vers les marchés extérieurs.
Lorsque la première de ces inégalités est éliminée, la seconde subsiste longtemps. La colonisation de fait survit à la colonisation de droit.

sa volonté (1) de faire, une fois l'indépendance acquise, non seulement «l'économique mais plus encore d'affirmer à travers une nouvelle politique économique l'émancipation nationale» (2).

Le recours à l'initiative privée n'étant pas susceptible de promouvoir le développement, encore moins de garantir l'indépendance économique (3), la prise en main par l'Etat des destinées économiques du pays constituait la seule alternative.

La traduction dans les faits de cette option a nécessité l'utilisation de deux instruments juridiques dont les effets sont complémentaires.

Un plan quadriennal, de type impératif, définit les objectifs économiques à atteindre (4).

La réalisation de la politique économique ainsi tracée incombe à la société nationale (5) ; technique à laquelle recourt l'Etat dans deux cas différents.

La création d'une société nationale peut, tout d'abord, être la conséquence d'une nationalisation préalable portant sur une ou plusieurs entreprises. Ce fut notamment le cas de la société Nationale des Tabacs et Allumettes (6). L'objet de l'entreprise se trouve alors délimité beaucoup plus par la nature de l'activité des établissements qui lui sont transférés que par ses statuts.

Mais dans l'immense majorité des cas, l'entreprise nationale est constituée ex nihilo pour prendre en charge un secteur de l'activité économique défini par son objet social. C'est ainsi, par exemple, que le décret du 31 Décembre 1963 créa la Société Nationale de Transport de Commercialisation des Hydrocarbures (7), que l'ordonnance du 21 Février 1966 porta création de la Société Nationale de Travaux d'Infrastructure et du Bâtiment (8), et que l'ordonnance du 22 Juillet 1966 porta création de la Société Nationale des Industries Textiles (9).

---

(1) - V. Programme du F.L.N., op. cit., p. 35 et s.

(2) - C. DEBBASCH, les économies maghrébines, l'indépendance à l'épreuve du développement économique, éd. CNRS, 1971, p. 7.

(3) - H. VALLAT, indépendance économique, équilibre et développement, Rev. Alg. 1972, p. 317 ; V. également : programme FLN, op. cit., p. 37 : «dans les pays nouvellement indépendants le recours aux méthodes du libéralisme classique ne peut permettre une transformation réelle de la société. Il agrave l'anarchie du marché, renforce la dépendance économique à l'égard de l'impérialisme... La bourgeoisie locale se substitue progressivement à l'étranger dans les secteurs économiques improductifs et s'enrichit. Le peuple, quant à lui, demeure dans la misère et l'ignorance».

(4) - V. Programme FLN, op. cit., p. 38 ; V. également : Ordonnance n.- 70.10 du 20 Janvier 1970, portant Plan Quadriennal 1970-1973, J.O.R.A. du 20 Janvier 1970, p. 50 ; Ord. n.- 74-68 du 24 Juin 1974 portant plan quadriennal 1974-1977, J.O.R.A du 28 Juin 1974, p. 578 ; V. TIDANINI, le Plan Quadriennal, éd. SNED, Alger, 1972 ; sur le droit de la planification en général, v. G.S. VLACHOS, Rev. Alg. 1971, p. 669.

(5) - Le recours à l'entreprise publique en tant qu'instrument de développement des pays en voie de développement ne semble pas admis unanimement par la doctrine. En faveur de cette solution, v. R. GENDARME, la pauvreté des Nations, éd. Cujas, 1970, p. 70 ; Contra : L. DURAND-REVILLE, les investissements privés au service du Tiers Monde, éd. France-Empire, p. 206 et s.

(6) - Ord. n.- 63.427 du 4 Novembre 1963, J.O.R.A. du 5 Novembre 1963, p. 1119.

(7) - Décret n.- 63.491 du 31 Décembre 1963, J.O.R.A du 10 Janvier 1964, p. 23.

(8) - Ord. 66-47 du 21 Février 1966, J.O.R.A du 25 Février 1966, p. 166.

(9) - Ord. 66-218 du 22 Juillet 1966, J.O.R.A. du 2 Août 1966, p. 751.

Il est intéressant de préciser que dans l'un comme dans l'autre cas le législateur ne confie à une société nationale qu'une branche d'activité bien déterminée et, le plus souvent, fondamentale pour le développement du pays. Aussi, est-ce uniquement à travers l'implantation de ces entreprises publiques qu'il semble possible de délimiter approximativement, compte tenu de l'absence d'une définition légale, les secteurs dits «vitaux», que le code des investissements ne réserve, en principe, qu'à l'intervention de l'Etat ; à moins que les sociétés privées - étrangères ou locales - ne participent au capital d'une société d'économie mixte (1).

Si l'Etat utilise l'entreprise publique comme instrument du développement économique, c'est également parce qu'il considère que cette forme juridique est «particulièrement bien adaptée à la vie des affaires» (2). Ce qui s'explique essentiellement par la coexistence, en ce qui concerne son régime juridique, de règles empruntées à la fois au droit commercial et au droit administratif (3).

S'agit-il, d'une part, de ses rapports avec les tiers ? La société nationale est alors entièrement soumise aux règles du droit commercial. En dehors du monopole d'importation dont elle jouit souvent (4), elle profite des mêmes droits et est assujettie aux mêmes obligations qu'une personne morale de droit privé.

S'agit-il, d'autre part, de son organisation interne et de son contrôle ? Le législateur, rejetant dans ce domaine le droit des sociétés, préfère plutôt mettre en œuvre des procédés du droit administratif.

Mais contrairement à ce que l'on pourrait croire, ce régime juridique de la société nationale ne s'est pas imposé du jour au lendemain ; il n'a été clairement précisé qu'à l'issue d'une double évolution.

Sur le plan juridique, le législateur - encore influencé par les techniques classiques - était parti d'une organisation calquée sur celle de la société anonyme : l'article 1er du 31 Décembre 1963 portant création de la SONATRACH (5) pousse le mimétisme jusqu'à affirmer que cette entreprise publique est «une société anonyme».

Le législateur s'est, par la suite, et par des dépassements successifs tendant toujours vers le renforcement des pouvoirs de tutelle (6), émancipé d'une

---

(1) - cf. Infra, p. 179 et s.

(2) - F.BORELLA, op. cit., p. 775.

(3) - V.J.D. BREDIN, l'entreprise semi publique et publique et le droit privé, Paris, LGDJ, 1957 ; J. RIVERO, le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit, Arch. Philo. du droit, 1952, p. 147.

Sur l'entreprise publique en Algérie, v. M. MIAILLE, les grands services publics et les entreprises publiques, cours polycopié, 1971-1972, Alger; G.VLACHOS, le régime juridique des entreprises publiques en Algérie, Rev. Alg. 1972, p. 431.

(4) - V. D. AKKACHE, analyse économique du monopole d'importation des entreprises publiques, Mémoire pour le DES de Sciences Economiques, 1973, ALGER.

(5) - Décret n.- 63.491 du 31 Décembre 1963, op. cit.

(6) - ,V. notamment : Décret n.- 64.272 du 3 Septembre 1964 portant création de la Société Nationale de Confection, J.O.R.A du 11 Septembre 1964, p. 1006 ; Ord. n.- 66-47 du 21 Février 1966 portant création de la Société Nationale de Travaux d'Infrastructure et du Bâtiment, op. cit.

technique inadaptée à la situation de l'Algérie indépendante.

Sur le plan politique, alors que la société nationale apparaissait comme une illustration d'un capitalisme d'Etat (1), sa gestion se fait désormais avec une participation des travailleurs (2).

En effet, constituant le point d'aboutissement de cette double évolution, l'ordonnance n.- 71-74 du 16 Novembre 1971 (3), sans aller jusqu'à instaurer une cogestion, reconnaît des pouvoirs non négligeables aux travailleurs, qu'ils exercent par l'intermédiaire d'une assemblée et de commissions permanentes. Elle renforce en même temps le contrôle de l'Etat sur cette personne morale.

Au-delà de son régime juridique, l'entreprise publique constitue donc l'instrument fondamental au service de la vocation de l'Etat à exercer une activité économique dans n'importe quel domaine.

Mais comme facteur d'appoint au développement du pays, l'initiative privée - tant nationale (4) qu'étrangère - n'est pas proscrite. Elle est même encouragée à condition d'accepter d'insérer son action dans le cadre pré-établi (5).

S'agissant tout particulièrment de l'investissement des capitaux extérieurs, le Président Boumediène déclara en 1966 : «Nous sommes disposés à accepter de travailler en coopération avec des pays et des groupes étrangers décidés à respecter notre souveraineté et à ne pas attenter aux structures que nous avons adoptées pour l'organisation de notre vie économique et sociale» (6).

L'incitation de la société étrangère à s'établir sur notre territoire (§ 2) trouve sa justification beaucoup plus dans le «savoir faire» qu'elle est sencée apporter que dans l'importance des capitaux qu'elle y investit (7).

Mais une telle firme peut également entretenir des relations commerciales avec l'Algérie même si elle n'est pas établie de façon permanente dans le pays (§ 1).

§ 1 - L'ACTIVITE DE LA SOCIETE ETRANGERE NON ETABLIE SUR LE TERRITOIRE -

Bien que n'exerçant pas une activité permanente dans le pays, de nombreuses

---

(1) - V. F. BORELLE, op. cit. p.775.

(2) - V. M. MIAILLE, contribution théorique sur l'entreprise socialiste algérienne, Rev. Alg. 1972, p. 653 ; M. BABAK, quelques remarques à propos d'une «contribution à une réflexion théorique sur l'entreprise socialiste en Algérie», Rev. Alg. 1974, p. 259.

(3) - J.O.R.A. du 13 Décembre 1971, p. 1350.

(4) - A l'opposé de la loi n.- 63.277 du 26 Juillet 1963, portant à l'origine Code des Investissements (J.O.R.A. du 2 Août 1963, p. 774), le nouveau texte (Ord. N.- 66.284 du 15 Septembre 1966, J.O.R.A. du 17 Septembre 1966, p. 901) réserve une plus grande place à l'épargne privée nationale.

(5) - V. conf. du Ministre des Finances, in le Code des Investissements, broch. éditée par la Commission Nationale des Investissements, 1967, p. 4.

(6) - Cité par K. BELKACEM, le statut juridique des intérêts pétroliers en Algérie, th. Dactyl., Paris, 1973, p. 126 ; V. également : A. AKKACHE, op. cit. p. 67 et s.

(7) - Les efforts considérables que déploie l'Algérie en vue de son émancipation économique se trouvent de la sorte contrariés par sa dépendance technologique à l'égard de l'étranger (V. DESTANNE DE BERNIS, l'économie algérienne depuis l'indépendance, op. cit. p. 19 ; P. JUDET, Engineering et industrialisation, PGA n.- 75 du 1er Mai 1972 p. 21.

sociétés étrangères participent à la réalisation de notre politique économique par le biais de divers contrats qu'elles concluent avec l'Etat.

Il arrive quelquefois à la firme étrangère de tenir le rôle d'acheteur. C'est surtout le cas en matière d'exportation des hydrocarbures gazeux : la société nationale SONATRACH a vendu des quantités considérables de gaz naturel à la société américaine El Paso Natural Gas (1) et à un groupe européen comprenant les sociétés Distrigas S.A. (Belgique), Gaz de France, SAAR Ferngas A.G. (RFA), Gasversorgung Suddeutchland (RFA), Bayerische Ferngas (RFA), Austria Ferngngas (Autriche) et Swiss Gas S.A (Suisse) (2).

Mais dans la phase actuelle de notre développement, l'entreprise étrangère est plus souvent sollicitée en sa qualité de fournisseur de services et de biens d'équipement. C'est ainsi que trois accords ayant pour objet l'acquisition de méthaniers ont été conclus par la Compagnie Nationale de Navigation (3) ; qu'un contrat pour la construction d'une usine de liquéfaction de gaz naturel a été signé le 2 Septembre 1974 entre la SONATRACH et un groupe international (4) ; qu'un contrat pour la réalisation d'un complexe pétrochimique a été conclu entre la SONATRACH et deux sociétés japonaises (5) ; et que deux contrats pour la réalisation d'un nouveau complexe de soieries ont été signés entre la société nationale SONITEX et deux firmes allemandes (6)...

Lorsque la société étrangère est ainsi partie à une convention ayant pour objet la vente à l'Algérie d'une usine - clef en main, elle est nécessairement appelée à exercer, pendant une période plus ou moins longue, une activité sur le territoire national. Ceci suscite quelques questions particulières que les parties prennent, en général, soin d'organiser.

Sur le plan fiscal, cette personne morale est, en principe, passible de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux à raison de l'activité qu'elle déploie temporairement pour l'exécution d'un marché. Elle pouvait, au terme de l'article 36-1 de l'ordonnance du 30 Décembre 1967 (7), «opter pour le régime de la taxe forfaitaire qui couvre l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, la taxe sur l'activité industrielle et commerciale, et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières» (8). Mais par l'effet de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 (9), cette taxe forfaitaire est devenue obligatoire. Son taux

---

(1) - V. PGA du 1er Novembre 1970 ; Le Monde du 18 et 19 Avril 1971 ; PGA du 16 Juin 1972, p. 15 ; V. également PH. KAHN avec la collaboration de P. CHEVALIER, D. FASQUEL, D. GANDREACE et J. JEHL, études de quelques problèmes juridiques de la vente internationale de gaz, in les hydrocarbures et le développement des pays producteurs, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Dijon, p. 235.

(2) - V. El Moudjahid du 3 Septembre 1974 ; PGA du 1er Janvier 1973, p. 10.

(3) - V. El Moudjahid du 2 Février 1974.

(4) - V. El Moudjahid du 3 Septembre 1974.

(5) - V. El Moudjahid du 8 Octobre 1971.

(6) - V. El Moudjahid du 10 Août 1974.

(7) - Ord. n.- 67.290, du 30 Décembre 1967, portant loi des Finances pour 1968, J.O.R.A du 30 Décembre 1967, p. 1194.

(8) - Pour un aperçu sur ce régime de droit commun, V. Infra, p. 205.

(9) - Art. 92, Ord. n.- 69.107 du 31 Décembre 1969, portant loi des Finances pour 1970,

a été depuis lors ramené de 15 à 8 % du montant global du marché. Elle est perçue par voie de retenue au moment de chaque paiement.

En ce qui concerne le règlement des conflits susceptibles de naître à propos de l'interprétation ou de l'exécution d'un tel contrat, les parties recourent souvent à l'office d'une juridiction arbitrale internationale ; en dépit de l'interdiction faite à toute personne morale publique de compromettre (1) et de la soumission dudit accord à l'empire de la législation locale (2).

Le bénéfice de cette procédure de réglement des litiges n'est, en revenche, que rarement reconnu à la société étrangère ayant un établissement permanent sur le territoire.

§ 2 - L'ACTIVITE DE LA SOCIETE ETRANGERE ETABLIE SUR LE TERRITOIRE -

Les sociétés étrangères établies en Algérie - excusif objet de la présente étude - n'agissent pas toutes sous l'empire d'un régime juridique unifié : elles sont assujetties aux dispositions du droit pétrolier lorsqu'elles exercent - dans les départements du sud - une activité dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides ; elles sont soumises aux règles du code des investissements lorsqu'elles investissent, après avoir été préalablement agréées, dans l'industrie ou le tourisme ; elles dépendent, enfin, du régime du droit commun dans tous les autres cas.

Abstraction faite du cadre d'établissement qu'elle a choisi, l'expérience révèle que la firme étrangère a tendance à refuser d'intégrer son activité dans l'économie du pays ; à l'instar de ce qu'elle fait en général lorsque le pays d'accueil est un pays en voie de développement, elle préfère orienter l'essentiel de son activité vers l'extérieur (A).

Même si le législateur est favorable à cette source d'investissement, il ne pouvait pas, à la fois pour des raisons idéologiques (3) mais aussi économique, rester indifférent devant un tel comportement extra territorial, incompatible avec la volonté de l'Algérie d'exercer un contrôle particulier sur l'activité des groupements étrangers (B).

A) - L'orientation extraterritoriale de la société étrangère -

Selon uneopinion assez répandue, l'établissement de sociétés ressortissantes de pays développés dans des pays en voie de développement ne constituerait qu'une aide dispensée par les premiers aux seconds (4).

---

(1) - V. Infra, p. 253.

(2) - Cette compétence du droit algérien se justifie non seulement par la stipulation expresse des parties, mais également par le fait que notre pays représente le lieu de signature et d'exécution du contrat.

(3) - V. M. DAHAN, comment investir en Afrique, Jeune afrique, supplément du 1er trimestre 1971, p. 15.

(4) - V. notamment : L. DURAND-REVILLE, op. cit. ; Contra, T. MENDE, de l'aide à la recolonisation. Les leçons d'un échec, éd. du Seuil, 1971.

Sans avoir besoin d'entrer dans une discussion qui déborde le cadre de notre propos, on peut remarquer que les faits ne semblent pas plaider en faveur de la confirmation de cette thèse. Car au lieu d'intégrer leur action dans l'économie du pays en voie de développement, comme elles le font lorsqu'elles agissent sur le territoire d'un état développé, la plupart de ces firmes lui donnent une orientation extraterritoriale. Cette extraterritorialité n'apparaît pas seulement sur le plan économique, elle peut également être remarquée sur le plan juridique.

Dans le domaine économique, cette tendance extraterritoriale, que fait ressortir le rapport des Nations unies sur les sociétés multinationales (1), se révèle de diverses façon dont il ne convient de signaler que les plus importantes.

Bien que la société étrangère qui s'installe dans un pays en voie de développement ait besoin d'un capital important, une grande proportion de celui-ci est néanmoins dépensée dans l'économie du pays développé : c'est en général dans son pays d'origine que l'entreprise s'approvisionne en biens d'équipement lors de son établissement, de son extension ou du remplacement de son matériel. Il est vrai que ces équipements ne sont pas toujours disponibles sur place. De toute façon, ceci aboutit à ce que l'effet multiplicateur de l'investissement se produit dans l'économie du pays développé, au lieu de profiter au pays d'accueil qui en a grandement besoin (2). S'il en était autrement, les pays occidentaux n'offriraient pas certaines garanties à leurs ressortissants afin de les inciter à investir dans les pays en voie de développement (3).

«Instrument d'une expansion extérieure» (4), l'investissement privé ne constitue pas seulement une source d'exportation d'équipements et de brevets de toutes sortes ; le pays d'origine reçoit, en plus, de substanciels revenus. Et en raison de ces transferts - parfois clandestins - vers les pays riches (5) la firme étrangère «n'intervient pas ou que fort peu dans le processus de développement cumulatif du pays où elle travaille» (6).

Dans ces conditions, si le géographe situe cette entreprise au lieu de sa présence physiqe, l'économiste, par contre, a raison de la considérer comme un

---

(1) - Nations-Unies, rapport sur les sociétés multinationales et le développement mondial, ST/ECA/190, New-York, 1973.

(2) - V. PA. BARAN, économie politique de la croissance, trad. de l'anglais par L. MOZERE, éd. F. Maspéro, 1970, p. 217 à 224.

(3) - Pour une illustration, V. J. LOYRETTE, la garantie nouvellement accordée aux investisseurs français en Afrique est insuffisante, le Monde, 22 Décembre 1970.

(4) - L. DURAND-REVILLE, op. cit., p. 18 ; dans le même sens, V. PH.KAHN, Encycl. Dall. dr. int., V°. «Investissement», n.- 57.

(5) - Selon le rapport précité des Nations-Unies (p. 18 et 58) : «En 1971, les sociétés multinationales américaines ont produit une sortie de capitaux de 4,8 milliards de dollars pour des investissements directs à l'étranger et une rentrée d'environ 9 milliards de dollars en intérêts, dividendes, redevances et droits de gestion» ; et «de 1965 à 1970, les entrées nettes d'investissements étrangers directs dans 43 pays en voie de développement s'élevaient à 30 pour 100 des sorties de fonds correspondant à des revenus d'investissements».

(6) - P. JALLEE, Pillage du Tiers Monde, éd. F. Maspéro, 1970, p. 40 V. également : A. BELAL, l'investissement au Maroc, (1912-1964) et ses enseignements en matière de développement, publ. de la fac. de droit et des sciences économiques de Grenoble, 1968.

simple appendice de l'économie étrangère qu'elle approvisionne (1).

Sur le plan juridique, la société étrangère qui appréhende une éventuelle «naturalisation» accepte difficilement d'être soumise à la législation du pays sur le territoire duquel elle est établie. Elle utilisera donc tous les moyens mis à sa disposition par la conception classique en matière de détermination de «la nationalité» des personnes morales pour se soustraire à l'empire du droit local. Pour y parvenir, il lui suffirait de s'«incorporer» dans un pays anglo-saxon ou de localiser son siège social dans un pays d'Europe continentale.

Mais loin de se satisfaire de cette extraterritorialité législative, la société étrangère voudrait, en outre, échapper à la compétence de la juridiction locale. Pour trancher les litiges susceptibles de naître à propos de son investissement, elle préfère recourir à l'arbitrage international ; lequel sera, quelquefois, quasiment imposé lorsqu'il est présenté comme une condition sine qua non de la réalisation de cet investissement.

Du fait de son caractère néfaste, ce comportement extraterritorial de la firme étrangère ne pouvait, à plus ou moins longue échéance, que susciter une réaction de la part des pays en voie de développement.

B) - La volonté de l'Algérie de contrôler l'activité de la société étrangère -

«Lorsqu'ils évaluent les coûts et les avantages économiques, les gouvernements se heurtent parfois à un dilemne. D'une part, ils estiment que les sociétés multinationales peuvent contribuer à augmenter le revenu et les exportations et à améliorer le niveau des techniques, de l'emploi et des compétences en matière de gestion. D'autre part, ils reconnaissent qu'elles peuvent également saper les priorités, la politique financière et monétaire et la politique de répartition du revenu des gouvernements et risquent d'avoir un effet défavorable sur la balance des paiements» (2) Pour sortir de ce dilemne, l'Algérie encourage certes, par divers moyens, l'investissement étranger ; elle refuse néanmoins de laisser la société étrangère qui l'effectue évoluer en toute liberté. Sachant qu'une attitude inverse serait non seulement contraire à la souveraineté de l'Etat, mais constituerait également un obstacle à sa volonté de construire une économie indépendante.

C'est pourquoi le législateur a institué un contrôle tant en ce qui concerne la détermination de la société étrangère qu'en ce qui concerne sa condition.

PREMIERE PARTIE : - La notion de société étrangère -
DEUXIEME PARTIE : - La condition de la société étrangère -

---

(1) - V. JM. JEANNENEY, op. cit., p. 24 et s.
(2) - Nations-Unies, les sociétés multinationales et le développement mondial, op. cit., 48.
J.O.R.A du 31 Décembre 1969, p. 1262.

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE SOCIETE ETRANGERE

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE SOCIETE ETRANGERE

Essayer de déterminer parmi toutes les entreprises exerçant une activité sur le Territoire National quelles sont celles qui sont étrangères, conduit irrémédiablement à soulever à nouveau le problème de la nationalité des sociétés, célèbre par les controverses doctrinales auxquelles il a donné naissance.

Les partisans de la reconnaissance aux sociétés d'une nationalité (1) se sont opposés vivement aux auteurs qui refusaient d'étendre à ces dernières un concept réservé en principe exclusivement aux personnes physiques (2).

Mais une telle querelle a perdu tout son intérêt : la cause qui était principalement à son origine, c'est-à-dire la question de savoir si la personnalité morale est une réalité ou simplement une fiction, a été transcendée. En effet, replaçant les choses à leur juste place, la doctrine moderne s'accorde pour ne considérer la personnalité morale que comme une technique juridique au service de l'économie (3). Aussi, estime-t-elle qu'il n'est pas inexact de parler de nationalité des sociétés «à condition de retenir que cette notion, tout en présentant des analogies avec la nationalité des personnes physiques, doit être nettement distinguée. L'identité des termes à l'inconvénient de voiler la distinction, mais l'avantage de rappeler l'analogie» (4).

L'utilisation de cette terminologie paraît encore plus recommandable dans les pays en voie de développement : beaucoup plus que le terme d'«allégeance» (5), celui de nationalité, parce qu'il est davantage expressif, permet de saisir de façon immédiate le lien intime qui unit une entreprise à un pays donné.

La véritable difficulté se trouve ailleurs. C'est uniquement au moment où l'on entreprend de distinguer une société étrangère d'une société algérienne que l'on se heurte à un obstacle majeur, lequel consiste à choisir un critérium permettant d'effectuer ce départ.

Ce choix s'avère d'autant plus délicat, qu'il n'existe aucune solution universellement admise et susceptible de le faciliter. Car, contrairement à ce

---

(1) - cf. Notamment : SALEM, la question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger, cl. 1919-23 ; L.MAZEAUD, de la nationalité des sociétés, cl. 1928-30.
(2) - cf. JP. NIBOYET, Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, Rev. dr. int. priv., 1927, p. 402 et s. ; du même auteur, V. également : Droit international privé français, 2e. éd., 1951, t. II, n.- 753.

(3) - cf. La personnalité morale et ses limites, Travaux de Recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. XVIII, Paris 1960.

(4) - H. BATTIFOL, et P. LAGARDE, Droit international privé, 5ème éd. 1970, n. - 192 ; V. dans le même sens : J. DE GRANDCOURT, Rep. Dall., de Dr. Int. Vo. Sociétés, n.- 12.

(5) En faveur de l'utilisation de ce vocable, cf. JP. NIBOYET, op. cit. n.- 751 ; P. LEREBOURG-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, Traité de droit international privé..., n.- 252 ; Y. LOUSSOUARN, J. cl. dr. int. fasc. 564 A, n.- 30.

que laisserait supposer son appellation, le droit international privé offre en réalité une diversité de systèmes particularistes. Son caractère international ne s'expliquer qu'en raison du fait que ses principes ne sont susceptibles de s'appliquer que si la situation juridique à résoudre présente un élément d'extraneité (1). Ce qui veut dire que l'Algérie se doit, tout comme chaque pays sorti de la période coloniale, d'adopter un système qui tienne compte de ses données propres, et notamment de celles d'ordre politique et économique (2).

Or, à l'opposé de ce qu'il a fait en ce qui concerne les personnes physiques, en déterminant dans un code de la nationalité les critères d'appartenance à la nation algérienne (3), le législateur n'a pas édicté un texte de portée générale permettant d'établir la nationalité d'une société (4).

Aussi, est-ce à travers un faisceau d'indices qu'il faudra tenter de trouver une solution. Cette tâche, que la doctrine n'a pas encore abordée, ne sera pas aisée. Car la complexité déjà notoire de ce problème se trouve singulièrement accrue non seulement par le quasi défaut de publication de la Jurisprudence, mais également par l'intervention, en Algérie comme dans les autres pays en voie de développement, de deux facteurs spécifiques susceptibles d'exercer une incidence sur la nationalité des sociétés (5).

Le premier facteur important est constitué par le fait que notre pays est, peut-être un peu plus que d'autres jeunes Etats, infiniment jaloux de son indépendance, qu'elle soit politique ou économique. C'est justement dans un souci de protection de cette indépendance économique, encore qu'en voie de construction, qu'il faut faire échec à la trop grande influence que pourrait facilement imposer la firme étrangère, compte tenu de la puissance dont elle dispose. C'est le seul moyen de l'empêcher de nuire au développement de l'entreprise nationale.

---

(1) V. H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 1. et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit.

(2) Pour un aperçu sur les questions que soulève cette entreprise, V. J.M. VERDIER, l'indépendance de l'Algérie et le droit international privé, Travaux du Comité Français de dr. int. privé, 1966-1969, p. 35 et s. ; M. BOURELY, le droit international privé du Maroc indépendant, Rev. Crit. de dr. int. privé, 1962, p. 211 ; PH. FRANCESCAKIS, les problèmes du droit international privé de l'Afrique Noire indépendante, Rec. de Cours de l'acad. de la Haye, Vol. 112, p. 275.

(3) - Le Code de nationalité a d'abord été édicté par la loi n.- 63.96 du 27 Mars 1963, J.O.R.A. du 2 Avril 1963, p. 306 ; il a ensuite été repris et modifié par l'Ordonnance n.- 70.86 du 15 Décembre 1970, J.O.R.A. du 18 Décembre 1970, p. 1202 ; pour une analyse de ce Code, V. J. BENDEDOUCHE, de la notion de nationalité et de son application à la nationalité algérienne, Thèse dactyl., Alger, 1971.

(4) - Ce défaut de promulgation d'un texte général n'est pas seulement caractéristique du législateur algérien. A titre d'exemple, V. J. FROSSARD, Un vide législatif : la nationalité des sociétés, D. 1969 - Chr. p. 9.

(5) - V. en ce sens : Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés dans la législation de développement, Annales Africaines, 1962, n.- 1, p. 222. Mais bien que prenant conscience de l'existence de facteurs originaux, cet auteur n'en tire aucune conséquence en ce qui concerne la nationalité de la société. Il se contente, comme nous aurons l'occasion de le montrer (cf. infra. p. 37 et s.), de préconiser l'extension à ces pays en voie de développement des principes dégagés par la Jurisprudence Française.

Mais paradoxalement, cette volonté protectionniste ne semble nullement s'harmoniser avec le second facteur. La politique des investissements, instaurée par le droit pétrolier (1) et par le Code des Investissements (2), interfère à son tour sur la question de la nationalité des sociétés et va révéler une opposition de deux attitudes a priori inconciliables.

Bien que notre économie ait besoin à son stade de développement actuel du «Know-How» et des capitaux étrangers, le législateur, loin d'adopter la souplesse à laquelle devrait l'inciter sa situation de demandeur, reste intransigeant au moins sur un aspect : il exige que les apports extérieurs s'investissent dans des sociétés de droit algérien et que les sièges sociaux de ces dernières soient obligatoirement situés sur le territoire algérien.

Une telle exigence, toutefois, ne semble pas exclusivement propre à notre système juridique. C'est une tendance assez profonde que l'on retrouve dans plusieurs pays en voie de développement. Et cette «naturalisation forcée» des personnes morales ne serait due qu'à une application par analogie de la Jurisprudence Française (3).

A l'opposé de ce point de vue, les investisseurs étrangers ne souhaitent nullement être assimilés aux nationaux du pays d'accueil et perdre de la sorte leur identité. En dehors de la jouissance des droits, ils tiennent à ce que soit nettement reconnu le caractère extraterritorial des entreprises qu'ils contrôlent. C'est la condition sine qua non de leur accès au traitement international. Celui-ci, estiment-ils, offrirait de meilleures garanties : soit en leur permettant de réclamer une juste indemnisation en cas de nationalisation, soit en les autorisant à recourir éventuellement à l'arbitrage international (4).

Si l'on s'obstine à faire référence à la conception traditionnelle, selon laquelle le siège social demeure malgré tout le critère de principe de détermination de la nationalité d'une société (5), cette opposition des thèses en présence paraît d'emblée irréductible. L'obligation d'installer le siège social sur le territoire et l'algérianisation législative imposée à l'entreprise qui investit n'auraient-elles pas pour conséquence de lui faire perdre sa nationalité d'origine et de l'assujetir à celle du pays d'accueil ? Comment, dès lors, concilier ces exigences du pays d'établissement avec le désir assez compréhensif de la personne morale de sauvegarder son caractère étranger ?

Il paraît néanmoins possible de tenter cette conciliation en dépit de la difficulté de l'entreprise.

S'agit-il de choisir le loi applicable à une société ? Il faut, dans ce cas, rejeter le système classique qui, assimilant une personne morale à une personne

---

(1) - cf. Infra. p. 76 et s.

(2) - cf. Infra., p. 78 et s.

(3) - V. Ph. KAHN, rapport général, in les investissements et le développement économique du Tiers Monde, éd. Pédone, Paris, 1968, p. 339.

(4) - V. L.DURAND-REVILLE, op. cit. p. 258.

(5) - V. notamment : H.BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 235 et s.; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit. p. 300 et s.; Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, droit du commerce international, Sirey, Paris, 1969, n.- 263 ; J. DE GRANDCOURT, op. cit. n.- 40 et s.

physique, fait dépendre de la nationalité de cette personne morale la loi compétente pour la régire (Titre I).

S'agit-il, en revanche, de résoudre une question ayant trait au bénéfice du traitement international ou, surtout, à la jouissance des droits ? Il faut alors, et seulement dans ces deux hypothèses, rechercher la véritable nationalité de la société, en déchirant le voile de la personnalité juridique (Titre II).

Mettant ainsi fin à une assimilation abusive, le système proposé offre l'avantage de soumettre la personne morale à la législation du pays d'établissement, tout en lui conservant son allégeance étrangère. Il permet, d'autre part, de réaliser l'unification de la notion de nationalité, puisque ce n'est plus celle d'un concept purement abstrait qu'il faudra s'efforcer de découvrir, mais bien celle de la majorité des individus qui agissent sous son couvert.

TITRE I -

L'AUTONOMIE DE LA LOI APPLICABLE A UNE SOCIETE PAR RAPPORT A SA NATIONALITE

Chaque fois qu'un différend naît à propos de la Constitution et plus souvent en pratique du fonctionnement d'une société, la conception classique commande en principe de rechercher au préalable sa nationalité pour désigner la législation qui lui serait applicable.

Admettre un tel système conduirait presque irrémédiablement à autoriser une personne morale exerçant une activité permanente sur le territoire d'un jeune Etat à se soustraire à l'empire du droit local et à exiger d'être soumise à sa prétendue législation nationale. Une telle situation ne présenterait pas d'inconvénients majeurs si, comme semble le croire M. LOUSOUARN (1), les problèmes de «conflits de lois» n'étaient pas fortement teintés de politique économique. Puisqu'elle constitue l'instrument de sa mise en œuvre, une loi est forcément intimement liée à cette politique économique.

Aussi, convient-il de faire abstraction de toute référence à cette pseudo loi nationale de la société, d'autant plus que tous les critères susceptibles d'être utilisés en vue de sa désignation s'avèrent inadaptés (Ch.1). La solution à ce problème ne semble résulter que de la stricte application de la législation algérienne. Il faut, en d'autres termes, donner la préférence à un territorialisme rigide (Ch.II), non seulement parce que les pays en voie de développement ne peuvent souvent opposer à la puissance des groupes multinationaux que leur souveraineté, c'est-à-dire leur loi, mais également parce que seul ce territorialisme permet à la puissance publique d'exercer un contrôle effectif sur l'activité des sociétés étrangères.

---

(1) - Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, Sirey, 1949, p. 10.

CHAPITRE I-

L'INADAPTATION DES CRITERES TRADITIONNELS

A supposer même que l'on veuille tirer profit de l'expérience des pays occidentaux en ce qui concerne le choix d'une règle de «conflit de lois en matière de sociétés», les divers moyens techniques qu'ils ont employés, quelques fois au gré des circonstances, ne paraissent nullement conciliables avec les données juridiques et économiques qui prévalent dans notre pays. C'est pourquoi il importe de rejeter tour à tour tout critère volontariste (Section I), le critère du siège social (Section II) et, enfin, le critère du contrôle (Section III).

SECTION I
LE REJET DE TOUTE CRITERE VOLONTARISTE

Si les critères volontaristes ont été invoqués, c'est essentiellement parce que l'on s'est appuyé sur le fait que la société constitue avant tout un contrat. Or, dans cette matière, que ce soit dans l'ordre interne ou dans l'ordre international (1), ce serait l'autonomie de la volonté qui fonderait le choix de la loi applicable (§ 1).

Sous une forme variable, le critère du lieu de constitution de la société (§ 2) traduit le même libéralisme et le même pouvoir conférés à la simple volonté des particuliers.

§ 1 - LE CRITERE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE -

Bien que la nature juridique de la société soit encore discutée (2), l'unanimité de la doctrine admet que, tout au moins au stade de la constitution de cette société, les aspects contractuels dominent les aspects institution-

---

(1) - Pour l'application de l'autonomie de la volonté comme règle de conflit du contrat international, cf. notamment J. DE GRANDCOURT, les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la Communauté Economique Européenne, Thèse dactyl. Rennes, 1965, p. 106 et s.

(2) - V. J. PORTENER, du contrat à l'institution, JCP, 1947 -I- 586 ; LEBLOND, les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur-général et du directeur adjoint dans la théorie institutionnelle, G.P, 1957, I, doct., p. 29.

nels (1). Partant de cette prémisse, selon laquelle cette personne morale de droit privé naît d'un contrat, on serait tenté, lorsqu'il s'agit de désigner le droit susceptible de la régir, d'invoquer la compétence de la loi d'autonomie. Les associés auraient alors, dans cette hypothèse, toute latitude pour soumettre les différents rapports de leur société à la législation de leur choix. Cette liberté ne s'exercerait pas cependant «de façon arbitraire, ce qui procéderait d'une conception inexacte de l'autonomie de la volonté, mais en optant pour une législation de l'un des pays avec lequel la société comporte, en fait, un certain degré de rattachement» (2). C'est ainsi, par exemple, que la loi du siège social, celle du lieu de constitution, celle du lieu d'exploitation ou éventuellement celle du pays dont les associés sont ressortissants pourrait, dès lors que ces divers éléments se trouvent disséminés dans l'espace, servir de lien à ce choix. C'est précisément l'adoption de ce critère de l'option législative que certains n'ont pas hésité à conseiller aux pays nouvellement indépendants (A). L'exposé de cette thèse nous fournira les bases de sa réfutation (B).

A) - L'exposé de la thèse du droit d'option législative -

Ce droit d'option législative est soutenu en particulier par M. LUCHAIRE qui préconise de permettre «aux sociétés de choisir l'allégeance juridique correspondant à leur allégeance politique sans avoir à transférer leur siège social. Autrement dit, la société qui est effectivement contrôlée par les nationaux d'un Etat déterminé verrait ses rapports sociaux régis par le droit de cet Etat» (3). Une nuance vient cependant atténuer cette thèse. Pour éviter une trop grande multiplicité de législations des sociétés sur un même territoire, l'auteur propose de réduire le choix à deux alternatives seulement : les fondateurs opteraient soit en faveur de la législation du pays d'accueil, soit en faveur de la législation d'un pays dont les nationaux ont le plus d'intérêts sur place.

Cette théorie n'est proposée qu'à l'usage des pays en voie de développement. Car eux seuls ont besoin de voir s'investir des capitaux extérieurs sur leur territoire. Et la moindre des choses, souligne M. LUCHAIRE, c'est que l'Etat demandeur confère ce droit d'option de législation pour montrer clairement son intention de ne pas procéder à une «naturalisation» de la personne morale qui vient participer à son développement.

---

(1) - cf. G.RIPERT et R. ROBLOT, traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J. 5ème éd., 1963, n.- 642 ; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, R. RODIERE et R. HOUIN, droit commercial, Dalloz, 3ème éd., t. 1, 1962, n.- 333.

(2) - C. THIBIERGE, le statut des sociétés étrangères, rapport au 57ème Congrès des notaires de France, Tours, 1959, p. 1959, p. 252 ; dans le même sens, V. Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 37.

(3) - F. LUCHAIRE, la société étrangère dans les pays sous-développés, in la personnalité morale et ses limites, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, XVIII, Paris, 1960, p. 176.

B) - La réfutation de la thèse du droit de l'option législative -

On peut réfuter la thèse qui prétend offrir une possibilité de choix aux fondateurs en ce qui concerne la législation applicable à leur société en empruntant les critiques déjà adressées de façon générale au critère de l'autonomie de la volonté. D'autres objections découlent de la situation particulière propre à tout pays en voie de développement.

1) - Si l'on s'est refusé, dans un pays comme le France, à admettre l'application du critère de l'autonomie de la volonté (1), c'est essentiellement parce que les reproches qu'il suscite sont loin d'être négligeables.

La société, en premier lieu, et plus que tout autre contrat, n'intéresse pas exclusivement les membres qui la composent (2). Les tiers ont davantage besoin d'être protégés. Cette protection risque de leur faire défaut si leur ignorance est totale en ce qui concerne la législation choisie par les fondateurs pour régir la société avec laquelle ils entretiennent des rapports, surtout si l'option de législation n'a fait l'objet d'aucune publicité.

«Le caractère d'ordre public que revêt le droit des sociétés ne laisse aucune place, dans le domaine des conflits, à l'autonomie de la volonté» (3). Cette branche juridique touche en effet trop à l'économie pour laisser l'Etat indifférent, même si son orientation est plutôt libérale. Et l'on ne voit pas pourquoi le législateur édicterait des règles impératives si les particuliers avaient la faculté d'échapper à leur empire.

La dernière raison qui justifie le rejet de ce critère est constituée par le germe de fraude qu'il recèle. La divergence des intérêts des contractants représente la garantie majeure contre la fraude concertée des parties dans la plupart des contrats (4). «La société, au contraire, étant un contrat d'union d'intérêt, l'intérêt de tous les associés jouera dans le même sens ; soumettre la société à la loi qui exigera le moins de formalités de constitution et limitera au minimum la responsabilité» (5). Un tel danger se trouverait décuplé a fortiori lorsque la société exerce une activité dans un pays en voie de développement.

2) - En dehors d'une nationalisation, la firme étrangère paraît surtout craidre une «immixtion» dans ses rapports sociaux et ayant pour auteur l'Etat sur le territoire duquel elle est établie. Du fait de cette méfiance qu'éprouvent la plupart des sociétés occidentales à l'égard des législations des pays nouvellement indépendants, l'adoption du critère de l'autonomie de la volonté leur fournirait à coup sûr le prétexte légal de se soustraire à leur empire.

---

(1) - Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, op. cit. p. 263, soulignent que «ce critère n'a pas eu de succès et n'a guère été utilisé que pour la détermination de la loi applicable aux sociétés dépourvues de personnalité morale, c'est-à-dire en France aux seules sociétés en participation».

(2) - Un auteur (R. SAVATIER, RTDC, 1934-525) a d'ailleurs suffisamment démontré que le principe de l'effet relatif des contrats n'est qu'un leurre.

(3) - C. THIBIERGE, op. cit. p. 252.

(4) - V. Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 37.

(5) - Ibid. ; dans le même sens, cf. également : Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 236 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit. p. 303.

Bien qu'elle atténue apparemment ce qu'il y a d'excessif dans le critère de l'autonomie, la solution préconisée par M. LUCHAIRE n'en aboutirait pas moins au même résultat. Sans compter que son adoption déboucherait sur une situation aberrante et inacceptable. Supposons un instant qu'un pays en voie de développement fasse sienne cette théorie. Le premier écueil qui ne manquerait pas d'appraître immédiatement est consécutif à la difficulté de sa mise en œuvre. En effet, afin de désigner la deuxième législation susceptible de faire l'objet de l'option des fondateurs, il serait actuellement aisé de dénombrer les ressortissants de l'Etat étranger qui ont le plus d'intérêts sur le territoire d'un pays d'accueil : ce sont ceux de l'ancienne puissance coloniale. Mais dans une vue prospective, si tous les pays en voie de développement entreprenaient, à l'instar de l'Algérie, de diversifier leurs relations économiques, il faudrait alors logiquement, et en fonction d'une éventuelle montée d'intérêts de nationaux d'un autre Etat étranger, introduire un nouveau droit des sociétés dans la carte offerte aux fondateurs. Si nous prenons l'Algérie comme exemple, on devrait normalement leur offrir, au lendemain de l'indépendance, une option contre la loi algérienne et la loi française. Qui peut prévoir s'il ne faudrait pas, dans quelques années, remplacer cette dernière par la législation russe, américaine, japonaise ou allemande ? On devine facilement à quelle multiplicité de législations étrangères sur les sociétés la mise en application de ladite thèse aurait pour effet d'instaurer sur un même territoire !

Même si l'on faisait abstraction de cette tare, dans le cas particulier de certains pays dont la vie se trouve littéralement dominée par l'activité d'une seule firme multinationale (1), le ralliement au système proposé aurait pour conséquence de placer toute leur économie sous le règne d'une législation étrangère. Un telle situation serait intolérable. Elle représenterait le point culminant d'une atteinte portée à la souveraineté d'un Etat.

Aussi, en soumettant, d'une façon ou d'une autre, la société étrangère à l'empire du droit local (2), le législateur exclut-il implicitement tout recours au critère de l'autonomie de la volonté. C'est dire que le système du lieu de constitution se voit réserver un sort analogue, étant donné l'identité de fondement de ces deux critères.

§ II - LE CRITERE DU LIEU DE CONSTITUTION -

Selon ce critère, c'est uniquement à sa loi de constitution que devrait appartenir la compétence d'organiser les statuts d'une société. Car, a-t-on notamment souligné pour justifier l'emploi de ce critère, il serait anormal que les rapports sociaux fussent régis par la législation d'un Etat autre que celui qui a donné naissance à cette personne morale (3).

C'est sous une forme à peine différente que ce critère du lieu de constitution

---

(1) - A titre d'illustration, citons l'exemple de la F.I.R.M.A. en Maurétanie.

(2) - cf. Infra., p. 76 et s.

(3) - Pour avoir une idée sur cette thèse relativement ancienne et des critiques déterminantes qu'elle a suscitées, cf. Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 50 ; Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit., pp. 263 et 264.

connaît un succès considérable dans les pays anglo-saxons et aux Pays-Bas. Ils utilisent en effet ce système de l'incorporation, qui consiste à mettre en œuvre le droit de l'Etat dans lequel la société a été enregistrée (1). Ce qui permet à une société incorporée en Angleterre ou aux Etats-Unis d'invoquer l'application des règles juridiques de l'un ou de l'autre pays, bien qu'exerçant l'essentiel de ses activités sur un tout autre territoire (2).

C'est «à cause du subjectivisme trop grand dont il est entaché et des possibilités de fraude qu'il recèle» (3), que ce système de l'incorporation ou du lieu de constitution n'a pratiquement pas de partisans en Europe occidentale.

Au-delà du fait que les arguments qui plaident à l'encontre du critère de l'autonomie militant également à l'encontre de celui du lieu de constitution (4), un pays en voie de développement est d'autant plus enclin à le rejeter qu'il contient, peut-être plus que le premier, un germe d'impérialisme législatif.

Ces divers aspects semblent pourtant avoir échappés à la section commerciale du tribunal de Annaba puisqu'elle a utilisé ce système dans une décision relative à l'ex-société de l'Ouenza (A).

En outre, comme le législateur fait obligation aux investisseurs pétroliers de constituer une filiale sur le territoire national, il convient de montrer, pour supprimer toute équivoque, qu'il ne s'inspire aucunement du critère du lieu de constitution (B).

A - Le critère du lieu de constitution et l'affaire de l'ex-société de l'Ouenza -

Pour justifier la compétence de la loi algérienne à régir les rapports d'une société, c'est paradoxalement sur le critère du lieu de constitution que se fonde la section commerciale du tribunal de Annaba, dans une décision en date du 26 décembre 1968 (5).

Quels sont les faits ? Dans le cadre de la convention de Boukhadra conclue avec le gouverneur de l'époque, la société anonyme de l'Ouenza fut constituée le 26 décembre 1913 pour exploiter une concession minière.

Par suite de l'accession de l'Algérie à la souveraineté et de la mise en application d'une politique de récupération des richesses naturelles, l'Ouenza fit

---

(1) - Pour une liste des ouvrages fondamentaux en langue anglaise et traitant de ce système de l'incorporation, V. Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 164 note 2 - J. DE GRANDCOURT: op. cit. n. 21.

(2) - Selon un auteur (P. DECROUX, les sociétés en droit international marocain, Rev. des Soc. 1961, doct. p. 153), les dispositions de la Convention de Londres du 29 Juillet 1937, qui se réfèrent au critère de l'incorporation, «précisent que l'expression «société britannique» vise toute société régulièrement constituée conformément aux lois applicables sur l'un quelconque des territoires placés sous la souveraineté, la protection, la suzeraineté ou le mandat du roi d'Angleterre».

(3) - J. DE GRANDCOURT, op. cit. n.- 21 ; dans le même sens : Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 264.

(4) - cf. Supra, p. 28 et s.

(5) - V. Rev. alg. 1969, p. 563 et s.

l'objet d'une nationalisation conformément à l'Ordonnance n.- 66.93 du 6 Mai 1966 (1). En deux étapes successives, ses biens et droits furent transférés à la Société Nationale de Recherches et d'Exploitation Minière (SONAREM) (2).

Postérieusement à cette mesure d'expropriation, l'ancien conseil d'administration et certains actionnaires tinrent deux assemblées générales à Paris. La décision fut alors prise de transférer le siège social de la localité de l'Ouenza vers la capitale française (3). Cette opération devait notamment servir de point de départ aux démarches qu'ils entreprendront en vue de s'approprier les avoirs extérieurs de l'ex-personne morale (4). L'une de ces démarches devait d'ailleurs leur permettre d'obtenir gain de cause, puisque le Jugement du Tribunal de Commerce de Paris (8ème Ch.) du 30 Juin 1967 condamne la Société Centrale de Banque à verser aux demandeurs les sommes qu'elle détenait au profit de la société de l'Ouenza.

Parallèlement, la SONAREM prétendant être la seule bénéficiaire de l'actif de l'entreprise nationalisée, somme, mais en vain, les trois organismes bancaires de lui virer les avoirs litigieux. Pour préserver ses droits, la SONAREM introduisit une action devant le Tribunal de Annaba. Elle lui demanda notamment d'interdire aux anciens administrateurs de formuler une quelconque revendication aux fins de recueillir les fonds en dépôt.

Par défaut du défendeur, la section commerciale de cette juridiction fit droit à sa demande.

Mais pour parvenir à cette solution, il lui fallait nécessairement trancher le problème juridique posé en l'espèce : qui de l'ancien conseil d'administration ou de la SONAREM avait qualité pour représenter valablement l'ex-société de l'Ouenza ? Or, la clef de cette difficulté passait elle-même par la désignation préalable de la loi compétente pour régir les rapports de l'ancienne personne morale.

Dans ce litige, l'appel que fait le Tribunal de Annaba au droit local est sans aucun doute justifié. Le fondement qu'il invoque est en revanche critiquable.

1) - Le tribunal de Annaba adopte, pour faire prévaloir le système législatif algérien sur le système français, le critère du siège statutaire, lequel s'identifie à

---

(1) - J.O.R.A. du 6 Mai 1966, p. 342.

(2) - C'est d'abord le Bureau algérien de Recherche et d'Exploitation Minière (créé par le décret n.- 64.282 du 17 Septembre 1964, J.O.R.A. du 22.9.1964, p. 1048), qui recueillit les biens de la société de l'OUENZA.

L'Ordonnance n.- 67.79 du 11 Mai 1967 (J.O.R.A. du 10 Mai 1967, p. 394), porte création de la SONAREM, dissolution du BAREM, et transfère à la nouvelle entreprise publique l'actif et le passif de l'ancienne.

(3) - Ce schéma n'est pas nouveau. On le retrouve notamment après les nationalisations intervenues en Europe de l'Est. L'exemple le plus célèbre est sans doute celui de la fondation Carl Zeiss. Il a donné lieu à des décisions judiciaires dans plus de quinze pays (V. T. TREVES, les nationalisation en Allemagne de l'Est et la fondation Carl Zeiss, Rev. crit. dr. int. priv. 1967. 23.

- Au moment de sa nationalisation, l'ex-société de l'Ouenza était créancière de la société centrale de banque de Paris, de la société Italsider à Gênes et de la B.I.S.C (Ore) limited à Londres.

celui du lieu de constitution (1). Plusieurs attendus de cette décision illustrent cette prise de position. C'est ainsi que l'on peut lire dans l'un d'eux : «que l'Ouenza a été régie à toute époque... par le droit algérien, du fait que cette société avait son siège en Algérie, où elle avait vu le jour conformément à la décision prise sans équivoque par ses fondateurs...» ; le jugement ajoute plus loin : «que les activités d'une société sur le plan international sont, aux termes du droit (!), régies par la loi applicable du lieu de son siège social, c'est-à-dire par la loi du lieu à laquelle les fondateurs de cette société ont entendu expressément se référer» ; et, certainement pour supprimer toute équivoque, le tribunal prend soin de préciser : «que les statuts doivent obligatoirement mentionner le lieu du siège social. (On en assure la publication précisément afin de faire connaître aux tiers le régime de droit auquel la société est assujettie)». Croyant avoir ainsi suffisamment démontré pourquoi le droit local était, à l'exclusion de celui de l'ancienne métropole, applicable pendant la période coloniale, il lui fallait, pour parachever son argumentation, justifier sa compétence après l'accession de l'Algérie à la souveraineté. Aussi, la juridiction de Annaba s'est-elle empressée de déclarer que du fait de la proclamation de l'Indépendance, l'Ouenza, à l'instar des autres personnes morales exerçant sur le territoire, s'est trouvée soumise à l'empire de la législation algérienne.

D'autant plus que le transfert du siège social à Paris décidé par les anciens administrateurs est vicié. Il est d'abord contraire aux dispositions du Décret n.- 63.483 du 22 Décembre 1963 qui subordonnent la réalisation d'une telle opération à l'obtention d'une autorisation du Ministère des Finances (2). Mais surtout parce que «cela ferait échec à la volonté des actionnaires qui, dans le cas de l'Ou enza, était très clairement de soumettre la société à la loi algérienne dès sa fondation».

2) - La question de savoir si cette décision a quelque chance d'être mise à exécution ailleurs qu'en Algérie ne retiendra pas notre attention. Elle est en dehors de notre propos, puisqu'elle touche le domaine général de l'efficacité internationale des jugements (3) et plus particulièrement après une nationalisation (4).

En revanche, la préférence donnée par la Juridiction de Annaba au critère du siège statutaire suscite des critiques particulières.

En premier lieu, la règle de «conflit» qui est invoquée dans le jugement rapporté est critiquable en raison du fait que la conséquence logique qui aurait dû découler de sa mise en œuvre et qui paradoxalement va à l'encontre du but

---

(1) - V. notamment : Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 265 - J. DE GRANDCOURT, op. cit. n.- 21.

(2) - cf. Infra. p. 47 et s.

Singulièrement, le Tribunal de Annaba affirme que cette autorisation devait être demandée à la Sonarem !

(3) - Sur ce problème, V. M. ISSAD, le jugement étranger devant le Juge de l'exequatur, L.G.D.J. - Paris, 1970.

(4) cf. Notamment : EL. KOCHERI, les nationalisations dans les pays du Tiers Monde devant le Juge occidental. Rev. crit. dip. 1967 - 249 ; A. RABINOVITCH, les nationalisations d'Algérie devant les Tribunaux français, Rev. Banque, 1966 - 239.

recherché par le magistrat, n'a pas été tirée. Si la règle avait été correctement appliquée, elle aurait dû conduire non pas à la reconnaissance de la compétence du système législatif algérien, mais plutôt à celle du système français. C'est en effet à cette solution que le tribunal aurait dû irrémédiablement aboutir, dès lors qu'il avait posé comme principe que la désignation de la loi apte à régir les rapports de l'Ouenza ne dépendait que du choix volontaire fait par ses fondateurs du lieu d'implantation de son siège statutaire. Si l'on dépasse la simple apparence terminologique, qui explique peut-être en partie l'erreur commise, on s'aperçoit que la législation à laquelle se sont referés, directement ou indirectement, les fondateurs au moment de la constitution de leur société en 1913 n'était algérienne qu'au sens matériel. C'était uniquement grâce au particularisme de son contenu par rapport à celui de la métropole d'alors, que ce droit pouvait à la rigueur mériter son qualificatif d'«algérien». Mais sur un plan formel et organique, ce système était fondamentalement français ; puisque le pouvoir de légiférer n'était l'apanage que de l'ancienne puissance dominante (1).

Contrairement à l'affirmation du tribunal de Annaba, l'accession du pays à l'indépendance ne devait apporter, si l'on s'appuie sur la règle de conflit qu'il propose, aucun changement quant à la loi applicable ; tout au moins dès l'instant où le siège statutaire ne fait l'objet d'aucune modification émanant exclusivement des intéressés. Car la particularité du critère du lieu de constitution, tout comme celle du procédé de l'incorporation, réside précisément en ce que ce système tend à perpétuer la compétence de la législation sous l'empire de laquelle a été constituée la société ; et ce, quelque soit l'endroit où cette dernière exercera son activité (2). C'est dire que le respect de la volonté des fondateurs de l'Ouenza aurait dû se traduire par la soumission de tous ses rapports sociaux au seul droit français des sociétés. Point de vue d'autant plus défendable que la loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962 (3) en reconduisant la législation en vigueur «algérianise» le système juridique de l'ancienne puissance non pas de façon rétroactive, mais uniquement pour l'avenir.

En dehors de cette conséquence logique qui semble lui avoir échappée, le jugement de la juridiction de Annaba encourt, en second lieu, un autre grief. Dans l'un de ses attendus, il fait une confusion entre le siège social statutaire et le siège social dit réel. C'est en effet uniquement en faisant référence à ce dernier que l'on peut éventuellement soutenir, comme il l'a fait, que la loi applicable à une personne morale change d'office dès lors que le territoire sur lequel il est situé fait l'objet d'une modification de souveraineté (4). Sans compter qu'il contredit ainsi ses précédentes affirmations selon lesquelles la loi choisie par les fondateurs à l'époque de la naissance de leur entreprise serait algérienne.

---

(1) - V. E. LARCHER, traité élémentaire de législation algérienne, 2ème éd., 1911, t. 1, p. 1 et s.

(2) - V. particulièrement : C.THIBIERGE, op. cit., p. 253.

(3) - J.O.R.A. du 11 Janvier 1963, p. 18.

(4) - cf. Infra, pp. 53 et 54.

Le décret n.- 63.483 du 23 Décembre 1963 aurait dû, enfin, inciter la section commerciale à prendre une autre voie que celle qui consiste à donner la prééminence à la volonté souveraine des fondateurs. Car à partir du moment où le législateur subordonne tout transfert d'un siège social à une autorisation administrative, il est facile d'en déduire qu'il ne réserve aucune influence à l'autonomie de la volonté.

B) - Le critère du lieu de constitution et l'obligation de constituer une société -

L'article 2 de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (1), pourrait, a priori, laisser supposer qu'il se réfère au système du lieu de constitution. N'impose-t-il pas à toute personne physique ou morale désirant entreprendre en Algérie une activité dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides l'obligation de constituer au préalable une société commerciale sur notre territoire (2) ? Ne serait-on pas tenté, dès lors, d'en déduire qu'une telle exigence ne viserait indirectement qu'à obtenir la soumission de la société pétrolière au droit algérien ?

Une telle hypothèse n'aurait en réalité aucune chance d'être vérifiée. Divers facteurs s'opposent à sa confirmation.

La compétence de notre législation ne fait aucun doute lorsqu'une personne morale effectue des opérations de recherche ou d'exploitation des hydrocarbures. Mais ce qu'il faut bien comprendre c'est que cette aptitude ne découle nullement de la constitution d'une filiale sur le territoire national. Ce qui implique que le législateur ne lie pas, implicitement, le choix de la loi applicable à la désignation préalable du pays dans lequel la société s'est constituée. On ne saisirait pas, sans cela, pourquoi l'Ordonnance du 12 Avril 1971 prend soin de préciser expressément que la personne morale étrangère «est tenue de constituer une société commerciale de droit algérien»... Cette dernière mention n'a-t-elle pas pour effet de nier, a contrario, toute dépendance entre la détermination du droit applicable et le lieu de constitution ?

A supposer même que cè raisonnement paraisse trop exégétique, il est facile de faire observer que la référence au lieu de constitution de l'entreprise n'aurait une signification que si elle revêtait la forme d'une règle de conflit. C'est seulement dans cette mesure que cette règle aurait pu avoir une utilité, car elle eût été susceptible d'une interprétation bilatérale (3). Or, en faisant obligation à l'investisseur étranger de constituer une société de droit algérien, le législateur vide cette hypothèse de toute substance.

---

(1) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366. Pour une analyse complète de cette ordonnance, cf. Infra, p. 125 et s.

(2) - En ce qui concerne la conséquence qui découle de cette obligation en matière d'allégeance juridique, V. Infra. p. 76 et s.

(3) - Sur l'interprétation bilatérale de la règle de conflit en droit international privé, V. H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 305.

En même temps, il impose également aux personnes morales ainsi constituées d'installer leur siège social sur le territoire national.

SECTION - II -
LE REJET DU CRITERE DU SIEGE SOCIAL

Hormi les pays anglo-saxons qui donnent leur préférence au système de l'incorporation, les pays d'Europe continentale font généralement appel au siège social (1) C'est notamment le cas de la France dont le législateur édicte, en s'inspirant de la Jurisprudence et de la doctrine dominante, que «les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français sont soumises à la loi française...» (2).

C'est justement l'adoption de cette solution que M. LOUSSOUARN croit bon conseiller aux pays en voie de développement. Le siège social, estime-t-il, doit demeurer le critère fondamental aussi bien sur le terrain des conflits de lois que sur celui de la jouissance des droits. Car «une société ayant son siège social dans un pays donné et y exerçant son activité peut parfaitement s'intégrer à son économie et lui rendre d'importants services, même si elle est contrôlée par des étrangers. Cette observation est plus pertinente encore pour les pays en voie de développement que pour les autres» (3). Il est vrai que cet auteur semble persuadé que la société étrangère n'hésitera pas à installer son domicile social sur le territoire du pays d'accueil, puisque c'est surtout dans le droit commercial de ce dernier qu'elle doit trouver les garanties juridiques indispensables à son fonctionnement.

Si l'on se place essentiellement dans le cadre particulier de notre pays, quel sort convient-il de réserver à ce point de vue ?

A l'instar de l'attitude prise par certains Etats Africains (4), avons-nous réellement intérêt à nous rallier au critère du siège social afin de déterminer l'allégeance juridique d'une personne morale ? Une réponse négative s'impose.

L'adoption de ce système serait non seulement incompatible avec notre politique économique, mais aussi avec le rôle souverain que doit jouer notre législation. Cette incompatibilité va précisément apparaître à travers les nombreuses objections intrinsèques que suscite ce critère (§1). D'autant plus que le siège n'est pas admis par notre droit positif (§ 2).

---

(1) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 238.

(2) - Art. 3, loi n.- 66.537 du 24 Juillet 1966, J.O.R.F. du 26 Juillet 1966 p. 6402. Mais sous couvert de cette référence au siège social, le droit positif français aboutit en fait, comme nous aurons l'occasion de le montrer (cf. Infra, p. 84 et s.), à instaurer un territorialisme rigide.

(3) - Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés dans la législation de développement, op. cit. p. 228.

(4) - Comme pays africain ayant donné sa préférence à ce critère, il importe de citer l'exemple du Sénégal. En effet, selon F. LUCHAIRE, (la nationalité des sociétés et le droit international du développement, in les investissements et le développement économique du Tiers Monde, op. cit. p. 244), le Code Sénégalais des investissements, promulgué par la loi du 22 Mars 1962, se réfère à la localisation du siège social pour faire le départ entre une personne morale ressortissante et une personne morale étrangère.

§ 1 - LE CRITERE DU SIEGE SOCIAL SUCISTE DES OBJECTIONS INTRINSEQUES -

Le caractère superficiel (A) et le fondement volontariste (B) de cette théorie sont des griefs suffisamment importants pour justifier son inadaptation.

A) - Le caractère superficiel du critère du siège social -

Convaincue des avantages qu'il présenterait par rapport à tous les autres critères, et croyant notamment avoir trouvé en lui un moyen sûr de remédier aux dangers qui naîtraient de l'utilisation du siège statutaire (1), la doctrine dominante soutient la thèse du recours au siège social, à condition qu'il soit réel et non frauduleux (2).

On pressent que la véritable difficulté va surgir au moment de la qualification de ce concept. Or, le moins que l'on puisse dire c'est que la solution qui lui a été trouvée est loin d'être satisfaisante. Car ce n'est pas un élément mais plusieurs qui sont proposés pour localiser, dans l'espace, au gré des circonstances, le siège social réel. Une telle diversité rend bien entendu cette notion insaisissable ; surtout lorsque les nombreux éléments de rattachement sont disséminés dans plusieurs pays. Mais, à supposer même qu'ils soient tous réunis sur un unique territoire, le centre de décision qu'ils seraient censés situer géographiquement peut se trouver ailleurs. Il en est particulièrement ainsi lorsque les sociétés concernées sont établies dans un pays en voie de développement.

1) - La diversité des éléments de rattachement du siège social -

A l'inverse du siège statutaire qui peut être connu par une simple lecture des statuts de la société, la localisation du siège social dit effectif est subordonnée à celle de divers éléments objectifs.

En effet, par suite d'un travail de systématisation de la jurisprudence française, la doctrine se réfère, pour déterminer où se situe le siège social réel, au lieu de réunion des assemblées générales d'actionnaires et du conseil d'administration, ainsi qu'au lieu de situation des bureaux (3). Quand ces différents indices matériels de localisation sont concentrés sur un seul et même territoire, la détermination du siège social semble alors ne présenter aucune difficulté majeure. Mais un obstacle important va surgir dès lors qu'ils sont dispersés, comme c'est souvent le cas, dans plusieurs pays.

---

(1) - V. Supra, p. 31 et s.

(2) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 240 et s. ; Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 280 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit., pp. 304 et 305 ; J.DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 29.

(3) - V. Notamment : H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 240 et s. ; Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 282.

Parmi tous ces éléments de rattachement, lequel faudra-t-il faire prévaloir pour atteindre une utilisation rationnelle de ladite règle de conflit ?

Contre toute attente, la réponse à cette question n'est pas unique. Les solutions données par les juges du fond, lesquels sont en principe seuls compétents en matière de qualification, sont divergentes. Selon la juridiction saisie, la préférence sera tour à tour donnée soit au lieu où se tiennent les assemblées générales d'actionnaires, soit à celui où siège le conseil d'administration, soit au territoire sur lequel se traitent les principales affaires, soit, enfin, à celui sur lequel sont implantés les bureaux de la personne morale (1).

Devant un tel foisonnement de conceptions, on ne peut alors que s'étonner de voir la doctrine tenter de justifier l'adoption du siège social en tant que critère de détermination de la législation applicable à une société par le fait qu'«il présente, l'avantage, par rapport au lieu d'exploitation, d'être de soi unique et plus facilement stable» (2). Ceci serait certes vrai si l'on pouvait se contenter d'envisager cette notion d'un point de vue purement abstrait. Ceci serait également vrai si la jurisprudence n'utilisait concrètement qu'un seul élément pour localiser le siège social. Mais nous savons qu'il en est tout autrement : loin de mériter la qualité d'unicité que l'on voudrait lui conférer, la théorie du siège social est en réalité susceptible d'engendrer un inconvénient exactement inverse. Autrement dit, compte tenu de la définition flottante qui nous est ainsi proposée, une personne morale pourrait se voir attribuer autant de sièges sociaux qu'il y a d'éléments de rattachement.

Supposons un instant que par le jeu de la théorie dite des «gares principales» en matière de compétence ratione loci (3) plusieurs juridictions soient saisies pour avoir à trancher différents litiges concernant une même société, les divers éléments de localisation étant par ailleurs éparpillés dans plusieurs pays : il suffirait que chacun de ces tribunaux se fonde, à l'opposé des autres, sur tel facteur pour que l'on se trouve, paradoxalement, en présence d'une entreprise ayant plusieurs sièges sociaux, tous aussi «réels» les uns que les autres. Ce n'est peut être là qu'une hypothèse d'école, mais elle n'a rien d'invraisemblable sur un plan théorique.

En définitive, seul le siège statutaire peut réellement prétendre à l'unicité. En dehors d'une modification des statuts faite éventuellement par les associés, il ne subit aucune variation en fonction du tribunal saisi.

La dissémination des organes sociaux est d'autant moins exceptionnelle que les entreprises étrangères exercent une activité sur le territoire d'un jeune Etat. Réserve faite de l'implantation locale de quelques bureaux, le lieu de réunion des assemblées générales et du conseil d'administration, ainsi que la sphère de

---

(1) - Pour une vue synthétique de cette jurisprudence, V. Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 131 ; Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. pp.282 et 283 ; C.THIBIERGE, op. cit. p. 257.

(2) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. çit. pp. 238 et 239.

(3) - Sur cette question, cons. notamment : P. CUCHE et J. VINCENT, Procédure Civile, Dall, 13ème éd. 1963, pp. 259 et 260.

conclusion des contrats importants, se trouvent, le plus souvent, à l'extérieur des frontières du pays d'accueil. Le centre des affaires de la personne morale est plutôt situé dans le pays développé avec lequel elle possède le plus de lien. Cette orientation extraterritoriale semble d'autant plus devenir la règle qu'elle est favorisée par la structure généralement intégrée de ces firmes et par certaines données économiques.

D'une part, les capitaux qui s'investissent dans les pays en voie de développement se traduisent, la plupart du temps, par la création d'une filiale. Une conséquence découle de cette situation : comme les actionnaires de cette société, c'est-à-dire essentiellement des groupes, sont par hypothèse toujours installés dans un pays capitaliste, cette composition des assemblées générales et du conseil d'administration va obligatoirement influer sur le choix du lieu de réunion de ces deux organes. A fortiori, s'il est vrai que «c'est en ce lieu que sont réunis les capitaux» (1), le siège de la personne morale ne peut donc être localisé que dans un pays qui en exporte.

D'autre part, pour s'approvisionner en biens d'équipement et pour écouler sa production, surtout qu'il s'agit de matières premières, la société est amenée à situer une bonne partie de son activité juridique à l'extérieur du pays d'accueil.

Ceci montre suffisamment à quel point l'utilisation des divers indices de rattachement risque de conduire généralement à l'exclusion de la législation locale.

La qualification lege fori (2) pour déterminer le domicile social est évidemment susceptible de limiter les effets de cette tendance. Mais la «gymnastique» à laquelle devraient se livrer les tribunaux pour faire prévaloir leur législation nationale constituerait un procédé hypocrite et pour le moins incertain. Il ne pourrait satisfaire le juriste qui a besoin de la précision de la règle, car elle représente le seul gage de sécurité.

De toute façon, même lorsque la localisation du siège social ne pose pas tellement de problèmes, celle du centre de décision n'en découle pas, comme on l'a soutenu, de manière quasi automatique.

2) - La localisation du siège social ne reflète pas celle du centre de décision -

D'après la doctrine dominante, aucun obstacle ne subsisterait lorsque tous les éléments de rattachement du siège social sont concentrés sur un même territoire. Cela le situerait alors de façon certaine (3). Pour donner une justification à son choix, cette doctrine considère que ce critère n'a été retenu

---

(1) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 239.

(2) - Sur la nécessité de recourir à la loi du for pour qualifier, V. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. pp. 350 et 351 ; Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 112.

(3) - cf. Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 282 ; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 240 ; J. DE GRANDCOURT, op. cit. n.- 30 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit. p. 305.

et ne jouit d'une grande faveur en Europe Continentale qu'en raison du fait qu'il désignerait, à l'exclusion de tout autre, l'endroit exact où s'exercerait la direction de la société. «C'est la force du système du siège social qu'il y a normalement un endroit unique où doivent se prendre les décisions finales et ce sont précisément ces décisions qui intéressent le droit international privé pour caractériser l'activité sociale quant au pays auquel elle se rattache» (1). Autrement dit, à travers la localisation du siège social, c'est surtout la sphère géographique d'implantation du «cerveau de la société», c'est-à-dire de son organe directeur authentique, que l'on voudrait découvrir, puisque elle seule serait déterminante quant à la désignation du droit applicable à cette personne morale.

On ne peut tout d'abord manquer d'être surpris devant cette thèse qui prétend déduire l'allégeance juridique d'une société uniquement de la localisation de son centre de décision. «Il faudrait donc dire qu'un individu est français parce que c'est en France qu'il dirige son entreprise. Qui songerait à la soutenir ? Et si l'idée est fausse pour la personne physique, comment se trouverait-elle vraie pour la personne morale» (2).

En dehors même de cette importante objection résultant de l'absence de tout fondement pouvant expliquer pourquoi le choix de la législation applicable dépendrait du lieu d'implantation de ce «cerveau», peut-on véritablement dire que ce dernier est révélé de façon presque mathématique par la localisation du siège social ? Il ne semble pas. Cette opinion pouvait mériter quelque crédit à l'époque où l'entreprise familiale, avec ses dimensions nécessairement réduites, était prédominante. Déterminer alors où se trouvait le siège social revenait ipso facto à situer dans l'espace le pouvoir de direction de la personne morale. Mais dans un monde contemporain dominé par le phénomène de concentration des entreprises (3), cette thèse revêt un caractère franchement superficiel. Ceci est encore plus vrai lorsque l'on se place dans le cadre des relations économiques

---

(1) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 241 ; V. notamment dans le même sens : J. DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 30, qui estime que «le siège social peut donc être qualifié de réel si sa fixation coïncide avec le lieu où l'entreprise a, principalement, sa direction juridique, financière et administrative» ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit. p. 304, approuvent la jurisprudence qui ne prend en considération le siège social «que lorsqu'il présente le centre réel de direction de l'entreprise» ; C. THIBIERGE, op. cit. p. 254.

(2) - L. LUCAS, remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés, J.C.P. 1953 - I - 1104.

(3) - Sur ce problème, V. particulièrement : F. PERROUX, l'économie du XXème siècle, 1965 ; J. PARENT, la concentration industrielle, Presse universitaire de France, 1970 ; G. RIPERT, les aspects juridiques du capitalisme moderne, 2ème éd. L.G.DJ, Paris 1951 ; M. VANHAEK, les groupes des sociétés, L.G.DJ. rééd. 1962 ; G. FARJAT, droit économique, Presse universitaires de France - 1971, p. 117 et s. ; C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962. Selon cet auteur (cf. p. 5) : «rien ne laisse croire que le mouvement de concentration soit actuellement achevé. Bien au contraire, la plupart des économistes estiment qu'il ne trouvera son terme que dans un état nouveau de l'économie. Lorsque toutes les entreprises seront soumises à une seule direction économique, cette «concentration totale» s'analysera en un dirigisme privé dont les prémisses sont d'ores et déjà décelées».

internationales. En effet, seules les firmes les plus puissantes, c'est-à-dire essentiellement des groupes, ont les moyens d'étendre leur champ d'activité en dehors de leurs frontières d'origine et de s'établir notamment dans les pays en voie de développement. Dans une telle hypothèse, qui tend à devenir la règle, le centre de décision se trouve sans doute matériellement au siège de la filiale ; intellectuellement, cependant, il est sûrement localisé au siège de la société-mère (1). C'est précisément cette étroite dépendance de la filiale par rapport à la société-mère qui a obligé certains partisans du critère du siège social à reconnaître que «son principal défaut est... de ne pas toujours représenter le lieu d'où partent les directives données à l'entreprise» (2). Pour illustrer cette insuffisance, qui aboutit ainsi à détruire la justification sur laquelle reposerait l'adoption de ce système, il semble particulièrement intéressant de faire un emprunt à la jurisprudence française. En faisant apparaître l'endroit où se situe effectivement le pouvoir de décision lorsque l'entreprise en question appartient à un groupe, l'arrêt «Fruehauf», rendu par la Cour d'Appel de Paris (3), ébranle la thèse du siège social.

La société «Fruehauf-France» avait conclu en Décembre 1964 avec la société Berliet un important marché ayant pour objet la construction de semi-remorques. Ce matériel devait servir à équiper des camions vendus par la société Berliet à la République Populaire de Chine.

Ayant été informé de cette destination, le groupe financier qui contrôle la société «Fruehauf-France» ordonna au conseil d'administration de cette dernière d'annuler purement et simplement l'exécution de ce contrat jugé contraire à l'intérêt national des Etats-Unis. Au-delà de ses implications au regard de la souveraineté française, cette résiliation aurait été génératrice d'effets matériels néfastes. Elle aurait, d'une part, privé la société d'un gain substanciel certain ; d'autre part, elle aurait engendré une grave perturbation de son activité ; enfin, compte tenu de l'obligation de réparer le dommage causé à Berliet et qui n'aurait pas manqué de peser sur elle, la société «Fruehauf-France» se serait heurtée à des difficultés financières insurmontables qui auraient certainement entraîné sa disparition.

Devant des conséquences aussi désastreuses, les trois administrateurs français, dont le président directeur général, démissionnèrent de leurs fonctions. Et les sièges du conseil d'administration devenus de la sorte vacants furent aussitôt pourvus de nouveaux titulaires. Mais nonobstant la régularité de leur remplacement, les ex-administrateurs introduisirent une action en référé et obtinrent la nomination d'un administrateur provisoire «chargé de gérer activement et passivement la société et notamment d'exécuter les commandes en cours».

Le problème juridique central qui se posait en l'espèce consistait à

---

(1) - V. Nations-Unies, les sociétés multinationales et le développement mondial, op. cit., pp. 36 et 77.

(2) - Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit., p. 267 ; V. également : Y. LOUSSOUARN, rapport général, Trav. com. français de dr. int. priv. 1966-1969, p. 211.

(3) - Cour d'Appel de Paris, 14ème Ch., 22 Mai 1965, D. 1968, 147.

s'interroger sur l'opportunité de la désignation, par les magistrats, d'un administrateur provisoire. Il ne nous appartient pas de nous y étendre (1).

Par contre, les faits de cette décision nous intéressent davantage. Ils révèlent aussi clairement que possible que lorsqu'une société n'est qu'une filiale subordonnée à une société-mère ou à un groupe, le véritable pouvoir de décision lui échappe ; il se trouve ailleurs qu'à son siège.

Bien que la question n'ait pas été soulevée, le groupe américain aurait donc dû tenter, en prenant appui sur la théorie du siège social, de soulever l'incompétence de la loi française.

Dès lors que les faits démontrent clairement que son centre de commandement est implanté aux Etats-Unis, la société «Fruehauf-France», en dépit de la situation dans ce pays de ces organes, aurait dû relever de l'allégeance juridique américaine. Etant donné que «lorsque l'activité d'une société dépend de décisions qui relèvent, en réalité, d'une autre société installée à l'étranger, il apparaît difficile de reconnaître à la société la nationalité du pays où elle est installée» (2)

On voit ainsi à quel résultat devrait aboutir l'application scrupuleuse du système du siège social. Toutes les filiales étrangères à un territoire devraient, en fonction de la localisation du centre de commandement, échapper à l'empire du droit local ; situation d'autant plus à craindre en cas d'établissement dans les pays en voie de développement. La convergence de facteurs spécifiques aboutit alors à ce «que la grande majorité des entreprises sont littéralement «téléguidées» pour les moindres décisions de Paris, de Londres ou de New-York» (3) : d 'une part l'inéxistence d'un marché financier et la faiblesse de la consommation locale empêchent une grande firme d'avoir son centre de décision dans une nation à la fois petite et sous-développée (4) ; d'autre part, malgré l'indépendance politique de ces pays, l'ancienne métropole voudrait, par l'intermédiaire de ses filiales, continuer à exercer une influence sur leur économie, afin de perpétuer leur dépendance.

Ce qui ne pourrait se réaliser que par le maintien de rapports très étroits entre la société-mère et sa filiale.

Au surplus, le fondement volontariste de ce critère, qualifié à tort d'objectif, permettrait à l'entreprise étrangère d'atteindre, sans se donner beaucoup de mal, l'extraterritorialité législative.

B) - Le fondement volontariste du critère du siège social -

C'est précisément pour le distinguer du siège statutaire, auquel elle adresse de vives critiques (5) , que la doctrine affirme que seul le siège social réel est en

(1) - Pour une analyse et une appréciation de la solution introduite par cette décision, V. R.CONTIN, l'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968, Chr. p. 45.
(2) - B. OPPETIT, note s. casse. civ. 1ère Ch. 30 Mars 1971, J.C.P. 1972 - 17101.
(3) - L. DURAND-REVILLE, op. cit. p. 245.
(4) - V. R. DESMONTS ET F. PERROUX, op. cit., pp. 9 et 10.
(5) -cf. Supra, p. 31 et s.

mesure de constituer la règle de conflit en vue de la détermination de la loi applicable à une personne morale (1). Faisant par hypothèse défaut au siège statutaire, ce caractère réel, c'est-à-dire objectif, représenterait une garantie contre toute influence prononcée de l'autonomie de la volonté en ce qui concerne sa localisation.

Cette opinion soulève en vérité des objections. La prétendue nature objective de ce critère n'existe qu'en apparence. Une analyse attentive permet en fait de démontrer que la volonté des associés commande aussi bien l'installation initiale du siège social, que son transfert.

1) - L'installation initiale du siège social et la volonté des associés -

Peut-on véritablement accepter la subtile distinction faite entre le siège statutaire et le siège social dit effectif, et accepter l'idée selon laquelle la qualification du second ne résulterait que de l'appréciation de données purement objectives ? Il ne semble pas, car si cette thèse ne se vérifie pas dans la conception classique, elle est encore moins susceptible de l'être lorsque l'on raisonne dans le cadre d'un pays anciennement colonisé.

En effet, on dépit de la notoriété d'effectivité dont semble jouir ce système en Europe Continentale, c'est l'autonomie de la volonté qui constitue son unique fondement.

Qui pourrait raisonnablement soutenir que ce n'est pas exclusivement la volonté des associés qui est déterminante dans le choix du lieu d'implantation du domicile de l'entreprise sociale en voie de constitution ? Ceci est tellement vrai qu'un partisan de la théorie du siège social n'a pas hésité à écrire que ce critère n'a notamment réussi à en éclypser un autre - de loin plus objectif - que parce qu'il paraissait «à l'époque du libéralisme économique s'accommoder avec plus de souplesse des besoins de la société, qui peut plus facilement le placer selon ses convenances que le lieu d'exploitation» (2). Qu'est-ce à dire, sinon qu'une entière liberté est ainsi laissée, en ce qui concerne sa localisation, à ceux qui agissent sous le couvert de la personne morale ? C'est d'ailleurs à cette conséquence logique qu'aboutissent tout naturellement d'autres auteurs lorsqu'ils soulignent, sans détour, «qu'une société peut choisir son allégeance juridique en installant son siège social sur le territoire de l'Etat au droit duquel elle désire se soumettre» (3).

En plus, si la volonté des associés n'était pas prise en considération dans la désignation du pays d'installation, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence

---

(1) - cf. Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 280 et s. ; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit. p. 240 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, op. cit., pp. 304 et 305 ; J. DEGRANDCOURT, op. cit., n.- 29 ; C. THIBIERGE, op. cit., pp. 254 et 255.

(2) - H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 239.

(3) - S. BASTID et F. LUCHAIRE, rapport sur la condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers, in la personne morale et ses limites, op. cit., pp. 162 et 163.

française considérerait que le siège statutaire est présumé, jusqu'à preuve du contraire, tenir lieu de siège réel ? (1). Même si elle est simple, cette présomption est suffisamment révélatrice de la véritable origine du critère du siège social dit effectif. S'il arrive que cette présomption soit de temps en temps renversée, c'est souvent parce que ce n'est pas la loi française qui a été choisie par les statuts de la personne morale. On peut donc dire que l'autonomie de la volonté est en réalité utilisée quand l'option qu'elle traduit ne s'avère pas contraire à l'application territoriale de cette dernière législation. (2).

Le caractère prétendu objectif du critère du siège social est encore moins convaincant lorsqu'on l'analyse dans les rapports existants entre une société étrangère et un pays en voie de développement.

Bien que désireuse d'investir sur un tel territoire pour y exploiter notamment ses richesses naturelles, cette entreprise saisit généralement toutes les potentialités de fuite que lui offre ce critère pour se soustraire à l'empire du droit du pays d'accueil. Les actionnaires, certes, ne se contenteront pas, pour parvenir à un tel résultat, uniquement de l'émission de leur volonté. Ils agiront à l'avance sur les faits afin de les faire coïncider avec leur intime intention. En effet, dès le moment où un Etat nouvellement indépendant consentirait à faire dépendre la détermination de l'allégeance juridique d'une société de la situation géographique de son domicile social, les associés n'auraient donc plus qu'à installer les organes de direction de leur société en dehors des frontières de ce pays pour échapper ipso facto à sa législation. Il leur suffirait, en d'autres termes, de prendre la décision lors de la constitution de la personne morale, de fixer le siège statutaire dans un pays développé ; et d'y établir, afin de le colorer d'un caractère objectif, les principaux éléments de rattachement, c'est-à-dire essentiellement le lieu de réunion du conseil d'administration et des assemblées générales.

La seule condition attachée au transfert du siège social va nous permettre de vérifier amplement cette thèse.

2) Le tranfert du siège social et la volonté des associés -

L'influence de la volonté des associés dans la localisation du domicile social n'est pas déterminante uniquement au moment de la création de la personne morale ; elle conserve sa pleine puissance même en cours de vie sociale. En effet, dès l'instant où l'on reconnaîtrait une valeur à ce critère dans le règlement d'un conflit de lois, «il faudrait admettre aussi - et c'est ce qu'a été amenée à faire la jurisprudence française - qu'une société pourra, à sa guise, changer de nationalité en déplacant son siège social» (3).

Précisément, pour fuir le domaine d'application du droit de pays en voie de développement, législation devenue compétente en raison de la mutation de

---

(1) - V. notamment : J. DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 29.
(2) - cf. infra, p. 84 et s.
(3) - L. LUCAS, op. cit.

souveraineté dont ces pays ont été l'objet (1), de nombreuses sociétés, contrôlées par des ressortissants étrangers, ont prétendu y parvenir en transférant le siège de leur société vers leur territoire d'origine (2).

En Algérie, ce procédé a notamment été utilisé par l'ex-société de l'Ouenza (3), par la CREPS (4) et par la CCRMA (5), après avoir été touchées par une mesure de nationalisation.

Même si l'on faisait abstraction des exigences de l'intérêt national, serait-il vraiment rationnel d'accepter qu'une société puisse troquer notre législation, qui régissait son statut, uniquement parce que ses actionnaires ont pris la décision de déplacer artificiellement le domicile social vers un autre pays ? En prônant l'emploi d'un tel système, la doctrine classique ne fait en réalité qu'accorder par une voie ce qu'elle voulait à tout prix refuser par une autre : autoriser les associés à modifier l'allégeance juridique de leur entreprise en déplaçant son domicile n'est-ce pas permettre à l'autonomie de la volonté, critère pourtant unanimement banni (6), de réapparaître indirectement sous le déguisement du critère du siège social dit réel ? Surtout quand on sait que les auteurs ne subordonnent au maximum un tel transfert qu'à l'accord préalable de tous les actionnaires (7) !

En plus de toutes les critiques qu'il suscite, le siège social est loin d'être admis en droit positif en tant que critère de détermination de la législation applicable à une société.

§ 2 - LE SIEGE SOCIAL N'EST PAS ADMIS EN DROIT POSITIF -

Puisant son inspiration dans le système français, notre droit positif

---

(1) - Dès lors que l'on admet que la désignation de la loi applicable à une personne morale dépend de la localisation de son siège social, la modification de cette législation doit logiquement intervenir non seulement en cas de transfert de ce siège, mais également lorsque le territoire sur lequel il est installé fait l'objet d'une mutation de souveraineté. V. sur ce point : H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 242 ; Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit., p. 307 et s. ; J.DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 44.

Il convient de remarquer cependant que, à l'exception d'un arrêt de la 15ème Ch. de la Cour d'Appel de Paris, du 21 Octobre 1965, (J. 1966-360, note J.D.BREDIN), la jurisprudence française, avec à sa tête la Cour de Cassation, s'est refusée à tirer une telle conséquence pour rejeter la compétence du droit algérien à s'appliquer à certaines sociétés françaises après l'accession de notre pays à l'indépendance (cf. Infra. p. 53 et s.).

(2) - cf. F. LUCHAIRE, la société étrangère dans les pays sous-développés, in la personnalité morale et ses limites, op. cit., p. 175.

(3) - cf. Supra, p. 32 et s.

(4) - cf. Le Monde du 8 Mai 1971.

(5) - cf. Infra, p. 49 et s.

(6) - cf. Supra, p. 28 et s.

(7) - V. H. BATTIFOL ET P. LAGARDE, op. cit. p. 241 ; du premier auteur V. surtout : le changement de nationalité des sociétés, Trav. Comité Français de droit international privé, 1966-1969, p. 67 et s. ; Y. LOUSSOUARN ET J.D. DREDIN, op. cit., p. 290 et s ; J. DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 47 et s.

admettrait «...que malgré des courants contraires», la nationalité des sociétés est déterminée selon le critère du siège réel (1).

Cette affirmation de M. CHARDENON nous semble téméraire, d'autant plus que le champ d'investigation de son étude portant sur «la nationalité des sociétés dans les rapports franco-algériens» n'inclut pas notre pays. Les maigres indices qui, le cas échéant, auraient pu, s'ils avaient été invoqués, fonder cette opinion, s'avèrent, à l'analyse, très insuffisante : qu'ils résultent de la législation (A) ou de la jurisprudence (B).

A) - Le siège social et la législation -

Deux textes pourraient, à première vue, laisser supposer que le législateur accorde une certaine importance à la théorie du siège social dans la détermination de l'allégeance juridique d'une personne morale. Le premier interdit tout transfert du domicile social sans une autorisation administrative préalable. Le second fait obligation à toute société voulant entreprendre une activité dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides d'installer son siège social sur le territoire national.

1) - Le siège social et l'interdiction de le transférer sans une autorisation -

Conformément aux dispositions de l'article 1er du décret n.- 63.483 du 23 Décembre 1963 (2), «le transfert hors d'Algérie du siège social de personnes morales établies en Algérie est soumis à une autorisation préalable du Ministère de l'Economie Nationale» (3).

L'interrogation qui nait à propos de ce texte consiste à se demander si ses dispositions sont susceptibles d'exercer une quelconque influence sur le problème du «conflit de lois en matière de sociétés». En subordonnant à une approbation préalable tout déplacement du siège social en dehors de nos frontières, le législateur ne viserait-il pas de la sorte à en réduire l'exode afin d'interdire au plus grand nombre de sociétés étrangères d'échapper à l'empire de notre droit ? Autrement dit, une telle limitation ne constituerait-elle pas, a contrario, une reconnaissance du siège social comme critère de détermination de la loi compétente pour régir les différents rapports d'une personne morale ?

Aucun indice sérieux ne vient en réalité conforter cette hypothèse. Tout

---

(1) - P. CHARDENON, la nationalité des sociétés dans les rapports Franco-Algériens, Trav. Comité Français de droit int. privé, 1966-1969, p. 286.

(2) - Décret n.- 63.483 du 23 Décembre 1963, J.O.R.A. du 31 Décembre 1963, p. 1351. En dépit du caractère général de ses dispositions, ce texte a été étendu - ce qui à notre avis est un procédé contestable - aux entreprises du bâtiment par le Décret n.- 65.283 du 17 Novembre 1965 (J.O.R.A. du 19 Novembre 1965). Mais il importe de remarquer que l'autorisation relève dans ce dernier cas de la compétence conjointe du Ministère des Finances et du Ministère de l'Habitat.

(3) - Depuis que le Ministère de l'Economie Nationale a été scindé, c'est, à notre avis, au Ministère des Finances et du Plan que revient le pouvoir de conférer l'autorisation.

semble indiquer, au contraire, que l'objectif poursuivi par ce texte n'inclut pas le problème relatif à l'allégeance juridique d'une entreprise.

L'autorité administrative chargée d'approuver a priori tout transfert de siège social est le premier facteur qui milite en faveur de cette interprétation. Logiquement, si les préoccupations des rédacteurs du décret tournaient auteur de la législation applicable, ce n'est pas le Ministre de l'Economie qui aurait dû être désigné pour effectuer le contrôle en question, mais plutôt le Ministre de la Justice Garde des Sceaux.

En fait, seules des préoccupations de nature économique les animaient. L'unique visa sur lequel s'appuie ce texte suffit à consolider cette opinion. Le décret du 23 Décembre 1963 ne fait en effet référence qu'au décret n.- 63.411 du 19 Octobre 1963 (1), lequel étend à la zone franc certaines dispositions en matière de contrôle des changes. Extension qui a eu pour conséquence de supprimer la liberté des mouvements de fonds qui régnait à l'intérieur de cette zone et de n'attribuer le bénéfice d'un régime de faveur qu'aux «non-résidents».

Seulement, contrairement à ce que semblent croire les auteurs du décret du 23 Décembre, en ce qui concerne une personne morale, la distinction entre «résident» et «non-résident» se fait indépendamment de la localisation du siège social (2) : une société qui exercer une activité sur notre territoire peut transférer son domicile social à l'extérieur sans pouvoir acquérir pour autant la qualité de «non-résident».

2) - Le siège social et l'obligation de le situer sur le territoire -

L'article 2 de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (3) fait obligation à la personne morale désirant opérer dans le domaine pétrolier non seulement de constituer une société sur le territoire (4), mais également d'y établir son siège social (5).

Ne pourrait-on pas soutenir, dès lors, que le législateur n'a pris soin de fixer impérativement le lieu de situation du siège social que parce qu'il le considérait implicitement comme le critère de détermination de la loi applicable à une société ?

Une telle interprétation qui consisterait à déduire de l'obligation de localisation un ralliement à la théorie du siège social serait à notre avis inexacte.

---

(1) - Décret n.- 63.411 du 19 Octobre 1963, J.O.R.A. du 22 Octobre 1963, p. 1054.

(2) - En ce qui concerne les transferts de fonds, cf. Infra, p. 225 et s.

(3) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366. Pour une analyse détaillée de ce texte, V. Infra, p. 125 et s.

(4) - Sur l'obligation de constituer une société, cf. Infra, p. 112 et s.

(5) - Tout en reconnaissant que les pays en voie de développement ont intérêt à ce que le siège des sociétés étrangères soit établi sur leur territoire, un auteur (F. LUCHAIRE, la société étrangère dans les pays sous-développés, in la personnalité morale et ses limites, op. cit. p. 175) estime que l'utilisation d'une mesure de contrainte dans ce domaine n'est pas de nature à attirer les capitaux extérieurs. Pour une appréciation du remède qu'il préconise, cf. Supra, p. 28 et s.

Elle aurait pu escompter quelque crédit si l'Ordonnance du 12 Avril 1971 n'avait pas expressément spécifié, en outre, que la société commerciale dont il s'agit sera soumise à l'empire du droit algérien. Ce qui signifie en clair que l'installation sur notre territoire du siège social ne constitue pas le fondement de cette compétence législative (1).

Même si l'on persistait, malgré cet argument exégétique, à penser que ce texte a fait une utilisation indirecte du système du siège social, il n'en demeure pas moins que ce critère se trouverait de toute façon complètement vidé de son contenu ; puisque au lieu de dépendre, comme dans la conception classique, de la seule volonté des associés, l'implantation du domicile de la personne morale est imposée.

C'est en réalité essentiellement une considération d'ordre monétaire qui semble expliquer cette mesure de contrainte. En effet, comme toute société pétrolière est tenue de situer en Algérie une partie du produit de ses exportations (2), le montant minimum qu'elle doit respecter s'élèvera d'autant plus que les divers frais de siège sont réalisés sur le territoire.

B/ - Le siège social et la jurisprudence -

C'est apparemment au critère du siège social réel que fait appel une décision jurisprudentielle pour attribuer la «nationalité» algérienne à une société d'assurance agricole.

Pressentant la prise en main de ce secteur par l'Etat, le président du conseil d'administration de la Mutuelle Centrale Agricole décida de transférer le siège social d'Alger vers Paris.

Par arrêté du 18 Décembre 1964, le Préfet d'Alger nomma un ressortissant algérien comme administrateur séquestre. Et à l'initiative de celui-ci, une assemblée générale - qui ne réunit en fait que les sociétaires habitant sur le territoire - désigna, le 22 Octobre 1965, un nouveau conseil d'administration.

On se trouva de la sorte en présence de deux organismes - l'un siégeant en Algérie, l'autre en France - qui prétendirent, en même temps, représenter de façon exclusive l'ancienne société d'assurance.

En partant de cette idée, le conseil d'administration de la Mutuelle Centrale d'Alger assigna celui de la Mutuelle Centrale de Paris ainsi que la Société Générale devant le Tribunal d'Alger. Outre la reconnaissance de sa qualité d'unique organe de gestion, il demanda à cette juridiction de décider la libération à son profit des titres et des fonds détenus par l'agence algérienne de la Société Générale.

A l'inverse, le conseil d'administration de Paris s'appuya essentiellement sur la réalisation du transfert du siège social pour soutenir que la Caisse Mutuelle Centrale avait perdu sa «nationalité» algérienne pour devenir une société française. Et ce, argumenta-t-il, d'autant plus qu'un arrêt de la Cour Suprême avait annulé l'arrêté préfectoral nommant un administrateur séquestre ;

---

(1) - A propos de cette question, cf. Infra, p. 63 et s.
(2) - cf. infra, p. 227 et s.

annulant ainsi rétroactivement toutes les initiatives qu'il avait prises, entre autres la réunion d'une assemblée générale et la désignation par elle d'un nouveau conseil d'administration.

Par un jugement en date du 28 Avril 1970 (1), le Tribunal d'Alger refusa de se rallier à cette dernière thèse. Se fondant sur le fait que le siège social se trouvait localisé à Alger par suite de l'irrégularité qui avait entaché son transfert

---

(1) - Voici les principaux attendus de cette décision inédite :

«Sur la nationalité de la société

Attendu que selon l'article 1er des statuts de la Mutelle Centrale Agricole, il s'agit d'une société à forme mutuelle formée entre agriculteurs, associations, syndicats ou sociétés agricoles et ceux exerçant une profession connexe à l'agriculture ou une activité se rattachant à la vie rurale, que le siège social a été fixé à Alger, immeuble dit «Maison de l'Agriculture» où étaient centralisés tous les services techniques, administratifs et économiques de l'agriculture algérienne, que certes d'après les statuts les opérations de cette société peuvent déborder le territoire algérien et s'étendre au monde entier, mais que sa clientèle est spécifiquement algérienne et agricole ; qu'une bonne partie de ses actionnaires est composée de collectivités locales, d'organismes à vocation agricole, de cultivateurs algériens ; que par sa vocation aussi bien que par l'existence de son siège social à Alger. Cette société **est algérienne** *; qu'une jurisprudence constante aussi bien que les traités avec les Etats nouvellement indépendants* **se rattachent au siège social seul pour déterminer la nationalité.**

Attendu que la Mutuelle Centrale Agricole étant une société algérienne, l'opération de transfert décidée par le Président de son Conseil d'Administration sans l'avis préalable du conseil d'administration et de l'assemblée générale, est irrégulière même si cette assemblée générale a entériné a postériori cette décision ; que cette opération s'analyse en un changement de nationalité ; **que l'article 18 Bis de ses statuts lui interdit d'opérer.**

Attendu, en effet, que les pouvoirs du Conseil d'Administration et même de l'assemblée générale **doivent être appréciés d'après les principes du droit positif en usage aussi bien en France qu'en Algérie** *; que ces principes posés par la loi du 24 Juillet 1867 ne permettent pas à l'assemblée générale de porter atteinte aux bases essentielles du pacte social que* **l'ordonnance du 7 Janvier 1959** *permet à l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions, sans réunir l'unanimité, de changer la nationalité de la société, pose comme condition expresse que le pays dont la société intéressée envisage d'acquérir la nationalité et dans lequel elle désire transférer son siège social, ait conclu avec l'Algérie une convention ; que les accords d'Evian conclus avant l'indépendance de l'Algérie confèrent la faculté d'opter pour la nationalité pour les personnes non pour les sociétés.*

Attendu, qu'il est évident que le transfert du siège social d'une **société algérienne à l'étranger tend à éluder les conditions de la loi algérienne et que la jurisprudence restreint la liberté relative dans la fixation du siège social dans pareils cas.**

Sur la régularité de la réunion de l'assemblée générale du 22 Octobre 1965.

Attendu qu'à la demande de certains sociétaires qui avaient constaté que le président de la société avait avec quelques membres du conseil d'administration, entrepris la liquidation de la société, un séquestre a été désigné pour prendre toutes mesures conservatoires utiles ; que ce séquestre a provoqué la réunion de l'assemblée générale.

Attendu que l'initaitve de la réunion de l'assemblée générale revient en réalité aux sociétaires qui ont saisi les pouvoirs publics pour sauvegarder les droits de ladite société ; que ces sociétaires étaient en droit de réunir eux-mêmes l'assemblée générale puisque l'article 25 de la loi du 24 Juillet 1867 ne confère l'initaitive de provoquer l'assemblée générale aux fondateurs de la société que pour la première réunion ; que dès lors que l'assemblée générale s'est réunie conformément à l'article 29 de la loi du 24 Juillet 1867, la présence du séquestre est devenue superflue et sa mission sans objet ; que par ailleurs l'annulation de la décision du séquestre ne peut avoir aucun effet sur les actes qu'il a accompli avant la décision d'annulation».

dans la capital française, il conféra la «nationalité» algérienne à la société d'assurance. Nonobstant l'annulation de la nomination du séquestre, la juridiction du premier degré légitima le conseil d'administration d'Alger et condamna l'agence bancaire à lui remettre les fonds et les titres.

Sur appel interjeté par l'organisme de Paris, la Cour d'Alger confirma «toutes les dispositions du jugement déféré» par un arrêt en date du 29 Décembre 1971 (1)

Bien que cela n'apparaisse pas de façon immédiate, le problème juridique posé en l'espèce consiste à déterminer la législation applicable à une personne morale. Or la motivation utilisée par l'arrêt pour confirmer la compétence exclusive du droit local, semble entachée d'équivoque ; puisque loin de révéler une ferme adhésion au siège social en tant que critère de désignation de la «nationalité» d'une société, les attendus (2) qu'il consacre à cette question manquent de précision et laisseraient même supposer une certaine influence de la théorie du siège statutaire (3). Le ralliement de cet arrêt au système du siège social réel ne sera donc clairement perçu qu'à travers les énonciations de la décision du magistrat du premier degré, qu'il a pleinement approuvée. Ce jugement sùscite cependant quelques objections qui auraient dû, normalement, lui valoir une réformation au moins partielle.

1) - C'est essentiellement sur «l'existence de son siège social à Alger», «où étaient centralisés tous les services techniques, administratifs et économiques», que le Tribunal d'Alger se fonde pour reconnaître la «nationalité» algérienne à la Mutuelle Centrale». Cette localisation, considère-t-il, est d'autant plus vraie que la décision de le transférer en dehors de nos frontières, décision prise par l'ancien conseil d'administration sans l'avis préalable de l'assemblée générale, est irrégulière. C'est précisément l'argumentation développée pour invalider cette opération de transfert qui, au-delà de la référence accessoire au critère du contrôle (4), présente une certaine incohérence. En effet, alors que la véritable difficulté à trancher consiste à choisir entre la loi algérienne et la loi française celle des deux qui a vocation à s'appliquer, le jugement ne craint pas d'énoncer «que les pouvoirs du conseil d'administration et même de l'assemblée générale doivent être appréciés d'après les principes du droit positif en usage aussi bien en France qu'en Algérie» ! Et, ajoute-t-il, ce sont ces règles qui interdisent de

---

(1) - Inédit.

(2) - «attendu, se contente de disposer l'arrêt de la Cour d'Alger, qu'aux termes des statuts, l'assemblée générale extraordinaire et encore moins les administrateurs ne peuvent pas changer la nationalité.

«Attendu que depuis l'indépendance de l'Algérie, la Mutuelle Centrale d'Assurance et de Réassurance dont le siège se trouve à Alger a acquis de jure la nationalité algérienne.

«Que l'assemblée générale d'une partie d'anciens sociétaires réunie en France le 18 Novembre 1964 ne pouvait modifier cette nationalité».

(3) - Pour une critique de la théorie du siège statutaire, cf. Supra, p. 31.

(4) - Redoutant sans doute une insuffisance du critère du siège social, le Juge du Tribunal d'Alger invoque pêle-mêle la «vocation locale de la société d'assurance et la nationalité algérienne «d'une bonne partie de ses actionnaires». Pour une appréciation du critère du contrôle en matière de «conflit de lois», v. Infra, p. 53 et s.

porter atteinte aux bases du pacte social, dont l'article 18 bis exclut le changement de «nationalité» sans l'accord unanime de tous les actionnaires.

Cette conception est sans doute due à une simple confusion résultant de la relative communauté de législation qui existe entre les deux pays (1) ; d'autant plus que l'irrégularité du transfert du siège social se trouve caractérisée aussi bien par rapport aux normes juridiques algériennes que françaises. Mais cette attitude n'est pas excusable pour autant ; car à supposer qu'une complète similitude règne entre les deux systèmes législatifs, le magistrat qui avait à résoudre un «conflit de lois» en matière de sociétés, se devait, ne serait-ce que par principe et pour être logique avec le critère choisi, d'opter en faveur de l'un ou de l'autre droit, et non s'en rapporter, comme il l'a fait, aux deux à la fois (2). A quoi lui aura servi d'avoir entrepris de localiser le siège social sur le territoire si c'est pour aboutir à un tel résultat ? Le dernier attendu de ce jugement semble, il est vrai, apporter une certaine correction. Mais il n'en augmente pas moins la confusion. Sans craindre de contredire sa précédente affirmation, il attribue la compétence au droit local, compte tenu de la localisation du siège de la société d'assurance, et du fait «que le transfert... à l'étranger tend à éluder les conditions de la loi algérienne».

2) - La vocation de notre système juridique à régir les rapports de cette personne morale est incontestable. Mais elle ne s'impose certainement pas en vertu d'une hypothétique localisation du domicile social (3). Encore faudrait-il, une fois admis le principe de cette compétence, ne pas en faire une application orientée. Pourquoi, en effet, invoquer les dispositions du droit local pour invalider le transfert du siège et les passer sous silence lorsqu'elles révèlent que la réunion de l'assemblée générale du 22 Octobre 1965 est entachée d'irrégularité ? Convoquée par une personne démunie de pouvoir, puisque la nomination du séquestre a fait l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir, l'assemblée en question devait, en raison de l'existence de ce vice de forme, subir rétroactivement le même sort. Pour remédier àl'éventuelle carence du conseil d'administration, les actionnaires demeurés sur place n'avaient certes pas la possibilité de se réunir de leur propre autorité, mais chacun d'eux pouvait introduire une requête en référé auprès du Président du Tribunal pour lui faire ordonner en urgence une telle réunion (4).

Ce n'est donc pas un tel jugement, ni à plus forte raison l'arrêt qui s'est

---

(1) - Malgré la reconduction de la législation en vigueur à la veille de notre indépendance, la législation algérienne se différencie de plus en plus de la législation française en raison notamment des modifications intervenues dans l'un ou l'autre pays. Ceci est particulièrement vrai en matière de droit des sociétés par actions. La vieille loi du 24 Juillet 1867, sous l'empire de laquelle nous vivons encore, a été remplacée en France par celle du 24 Juillet 1966 (J.O.R.F. du 26 Juillet 1966, p. 6402).

(2) - La preuve d'une telle attitude résulte également du fait que le Tribunal fait expressément référence à un texte en vigueur en France, mais non étendu à l'Algérie ; puisqu'il invoque l'Ordonnance du 7 Janvier 1959 qui permet à l'assemblée générale extraordinaire de changer la nationalité d'une société par actions si le pays où la personne morale envisage de transférer son siège social a conclu une convention avec la France.

(3) - Pour le fondement proposé, cf. Infra, p. 63 et s.

(4) - V. particulièrement en ce sens : G. RIPERT ET R. ROBBLOT, op., cit., p. 555 et s.

contenté de l'approuver intégralement, qui aura la prétention d'établir et de perpétuer le siège social en tant que critère de détermination de la loi applicable à une personne morale. D'autant plus que l'opportunité a joué un rôle excessif dans le choix et la mise en œuvre de ce système. Et cette opportunité qui vient de plaider en l'espèce en faveur de la théorie du siège social, va, notamment en France, plaider à son encontre et pour l'utilisation «exceptionnelle», du critère du contrôle.

SECTION III
LE REJET DU CRITERE DU CONTROLE

Les objections qu'il suscite sur le terrain des «conflits de lois» sont tellement fondamentales, que la doctrine unanime n'a jamais songé à soutenir le recours au critère du contrôle. La permanence qui doit prévaloir en matière de statut juridique de la société est non seulement incompatible avec son caractère fluctuant, mais aussi avec son polymorphisme et le «dilemne qu'il fait naître ; doit-on en effet prendre en considération le contrôle des associés, celui des dirigeants sociaux, ou celui des capitaux ? » (1).

Malgré toutes les critiques qui ont été adressées à ce système en matière d'allégeance juridique, le mouvement d'émancipation dont ont bénéficié des territoires anciennement colonisés est à l'origine du rôle qui lui est soudainement reconnu sur ce terrain. Délaissant la solution traditionnelle, fondée, au moins en apparence, sur la localisation du siège social, le droit positif français a utilisé le critère du contrôle pour faire échapper à l'empire de la législation locale des personnes morales établies dans des pays en voie de développement. Cette singulière option résulte de deux sources différentes : de la jurisprudence française intervenue à la suite de la mutation de souveraineté dont a été l'objet l'Algérie (§ 1) ; de plusieurs conventions d'établissement conclues entre la France et certains Etats Africains, au rang desquels on dénombre notamment la Tunisie (§ 2)

§ 1 - Le critère du contrôle, la jurisprudence française et la mutation de souveraineté en Algérie -

Tout en lézardant la conception classique en matière de «nationalité» des sociétés, l'accession de notre pays à l'indépendance va surtout corroborer l'inconsistance de la théorie du siège social et illustrer la tendance de ses promoteurs à refuser de l'appliquer chaque fois qu'elle ne parvient pas à faire prévaloir leur propre législation.

En effet, à partir du moment où c'est uniquement ce critère qui est pris en considération pour désigner la loi apte à régir le statut d'une personne morale, cette loi devrait, en principe, changer d'office aussi bien en cas de transfert

---

(1) - Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 286.

international du siège social que lorsque le territoire de sa localisation subit une mutation de souveraineté (1).

C'est précisément cette conséquence logique que la 15ème Chambre de la Cour d'Appel de Paris n'a pas hésité à tirer pour trancher un conflit ayant opposé deux sociétés anonymes entièrement contrôlées par des ressortissants français, mais dont les sièges étaient restés installés à Alger et à Oran (2).

Le problème juridique posé en l'espèce consistait à établir si la demanderesse pouvait, comme elle le prétendait, invoquer le bénéfice soit de l'article 14, soit de l'article 15 du Code Civil.

Sur l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse, le Tribunal de Commerce de Paris avait alors décidé que les dites sociétés n'étaient plus françaises et ne pouvaient donc plus plaider dans cette ville à partir du moment où l'une d'elles s'y opposait (3).

C'est ce jugement que la Cour d'Appel de Paris a confirmé au motif essentiel que la «nationalité» change de plein droit» si le territoire sur lequel est fixé le siège change de souveraineté, sans que puisse être prise en considération la nationalité des personnes qui composeraient ou contrôleraient la société».

Pour réduire la portée de cet arrêt de la 15ème Chambre de la Cour d'Appel de Paris, Mme CHARDENON (4) n'hésite pas à écrire que «ce recours pur et simple au droit classique a sans doute été facilité par le fait que les deux sociétés de l'espèce présentaient à la Cour un litige banal dans lequel elles étaient à égalité : litige d'intérêt purement privé, qui se serait élevé de la même façon avant comme après l'indépendance algérienne, pour lequel le Tribunal D'alger était en tout temps territorialement compétent et qu'en tout temps il devait juger sans passion... Nulle «révolte des faits» ici contre le droit» !

De toute façon, bien qu'il s'en tienne à la stricte application de la règle admise par le droit positif français, cet arrêt va paradoxalement faire figure d'exception dans la jurdisprudence intervenue pour régler des litiges nés à propos de l'accession de notre pays à l'indépendance. En effet, alors même

---

(1) - cf. notamment : H. BATTIFOL, op. cit., p. 242 ; J. DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 44 ; HAMEL ET LAGARDE, traité de droit commercial, t. 1, p. 519 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE ET Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 308 ; Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., pp. 308 et 309 ; Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés, J. cl. dr. int., fasc. 564 A, n.- 186.

Il convient de souligner cependant que l'application de ce principe fut nuancé lors du retour de l'Alsace-Lorraine à la France. Nonobstant la localisation de leur siège social sur ces territoires, l'article 54, al. 3 du Traité de Versailles a distingué selon que les sociétés étaient contrôlées par des Allemands ou par des Alsaciens-Lorrains. La «nationalité» française n'a été reconnue qu'à ces dernières (cf. sur ce point : LECOUTURIER, la condition juridique en France des anciennes sociétés commerciales d'Alsace et de Lorraine, cl. 1919-1035 ; Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 307).

(2) - Cour d'Appel de Paris, 15ème Ch., 21 Octobre 1965, cl. 1966-360, note J.D. BREDIN ; G.P. 1965-2-353.

(3) - Mais ce même tribunal de Commerce de Paris a abandonné par la suite cette orthodoxie pour se rallier à la tendance générale par son jugement en date du 4 Janvier 1968 (cf. Infra, p. 55).

(4) - P. CHARDENON, op. cit.

qu'il s'agit manifestement de résoudre un problème de «conflit de lois», les juridictions françaises, avec d'ailleurs à leur tête la Cour de Cassation, ont rejeté le système du siège social pour recourir au critère du contrôle.

Pour adopter une telle solution, deux jugements ont vainement essayé de trouver sa justification dans les Accords d'Evian. «Il résulte, prétend de façon légère le Tribunal de Commerce de Paris, des dispositions de l'article 17 (de ces Accords) que le critère de la nationalité des sociétés ayant leur siège social en Algérie est celui du contrôle».

En effet, cet article de la Déclaration de Coopération Economique stipulait expressément que : «l'Algérie garantit aux sociétés françaises installées sur le territoire, ainsi qu'aux sociétés dont le capital est en majorité détenu par des personnes physiques ou morales françaises, l'exerce normal de leurs activités dans des conditions excluant toute discrimination à leur préjudice». Co mme on le voit, l'utilisation de ce texte en matière d'allégeance juridique d'une société ne peut être faite qu'à la faveur de sa complète dénaturation (1).

Dans la fameuse affaire de la Caisse Centrale de Réassurance des Mutuelles Agricoles (C.C.R.M.A.), les magistrats ne se sont même pas donné la peine de s'appuyer sur un artifice analogue pour faire prévaloir le critère du contrôle. Bien que l'espèce soit différente de celle qu'a eu à connaître la Cour d'Alger (2), les faits se ressemblent tellement qu'il ne nous paraît pas nécessaire de nous étendre encore une fois sur leur exposé. Il suffit de savoir que par plusieurs arrêtés, le Ministre Algérien de l'Agriculture décide la dissolution du conseil d'administration de cette personne morale et nomme parallèlement des administrateurs provisoires. Pour réagir contre ces mesures, les administrateurs transfèrent, mais de façon irrégulière, le siège social d'Alger vers Paris. Les arrêtés ministériels devaient ultérieurement faire l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir par un arrêt de la Cour Suprême d'Algérie du 20 Janvier 1967. Mais cette décision judiciaire n'affecte pas le décret du 27 Mai 1966 qui avait, entre temps, désigné une commission administrative comme représentant légal de la caisse.

S'affirmant dès lors l'un et l'autre comme étant seul habilité à agir valablement au nom de la C.C.R.M.A., les administrateurs provisoires et l'ancien conseil d'administration ont revendiqué la propriété des valeurs mobilières déposées à la Société Générale à Paris.

L'organisme algérien soutient que cette personne morale est devenue algérienne non seulement par l'effet de la mutation de souveraineté, mais également en raison de l'irrégularité qui a entaché le transfert de son siège social.

Pour écarter cette thèse, pourtant irréprochable si l'on s'en tient à une mise en œuvre rationnelle de la théorie du siège social, la 1ère Chambre de la Cour d'Appel de Paris n'adhère pas à la solution volontariste adoptée par une juridiction du premier degré (3). Elle s'inspire plutôt de l'arrêt rendu à propos de

---

(1) - V. dans ce sens : P. CHARDENON, op. cit. p. 8 et s ; à propos du mutisme total des Accords Algéro-Français sur la question de la «nationalité» des sociétés, V. en particulier : Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 308.

(2) - cf. Supra, p. 49 et s.

(3) - Trib. Grde. Inst. de la Seine, 1er Février 1967, JCP 1967 - II - 15153, concl. Fabre.

l'affaire «Mayol Arbona» (1), pour décider qu'«en l'absence de critère légal de la nationalité des personnes morales, et des dispositions conventionnelles internationales réglant la nationalité des sociétés françaises ayant leur siège social en Algérie lors de l'accession à l'indépendance, le rattachement d'une société à un Etat se détermine d'après l'ensemble des éléments particuliers à chaque espèce. La société dont le siège était situé à Alger a conservé la nationalité française lors de l'accession à l'indépendance de l'Algérie, restant en effet contrôlée par des Français» (2).

Le pourvoi qui a été formé par l'organe algérien à l'encontre de cet arrêt fut rejeté par la Cour de Cassation (3). Mais tout en faisant sienne, quant au fond, la solution consacrée par la juridiction d'Appel, la Cour de Cassation, sans doute pour apaiser la doctrine qui s'était émue de l'affirmation de l'inexistence d'un critère général de détermination de la loi applicable à une personne morale (4), a-t-elle préféré recourir à une motivation visiblement plus conforme à la théorie classique mais certainement plus ambigüe. Son argumentation s'articule comme suit : «si, en principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social, pareil critère cesse d'avoir application lorsque, le territoire sur lequel est établi ce siège social étant passé sous une souveraineté étrangère, les personnes qui ont le contrôle de la société et les organes sociaux investis conformément au pacte social ont décidé de transférer dans le pays auquel elle se rattachait le siège social de la société afin qu'elle conserve sa nationalité et continue d'être soumise à la loi qui la régissait».

En dépit de l'accueil favorable qui lui a été réservé par la doctrine en raison de son prétendu retour à l'orthodoxie, cet arrêt de la Haute Cour Française ne fait formellement référence au critère du siège social (A) que pour mieux dissimuler, dans une construction embarrassée, l'application effective du critère du contrôle (B).

A/ - La référence exclusivement formelle au critère du siège social -

Il conviendrait, selon M. P. LAGARDE, de faire compliment à la Cour de Cassation «d'avoir résisté à la tentation du contrôle en affirmant, mieux que jamais auparavant la primauté du critère du siège social» (5).

Dans la mesure où cet auteur prend le verbe «affirmer» non pas dans son sens le plus étroit, mais comme un vocable synonyme du verbe «utiliser», il ne

---

(1) - T.C, 23 Novembre 1960, D. 1960-223, note Savatier ; Rev. crit. 1960-180, note Loussouarn.

(2) - Cour d'Appel de Paris, 1ère Ch. 17 Mai 1967 - II - 15427, avec la note favorable de B. OPPETIT, cl. 1967-874, avec la note très critique de Y. LOUSSOUARN.

(3) - Cass. 1ère Ch. Civ., 30 Mars 1971, G.P 1971 - 470, J.C.P. 1972 - II - 17101, note B. OPPETIT ; rev. crit. dr. int. priv. 1971-451, note P. LAGARDE.

(4) - Un auteur (Y. LOUSSOUARN, note s. l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 1ère Ch., 17 Mai 1967, cl. 1967 - p. 74) n'avait pas hésité à qualifier d'«hérétique» cette décision.

(5) - P. LAGARDE, note s. Cass. 1ère Ch. Civ. 30 Mars 1971, Rev. Crit. dr. int. priv. 1971 - 468.

nous paraît pas possible de partager son opinion. Car la Haute Cour n'applique aucunement en l'espèce un tel critère ; de plus, le raisonnement qu'elle déploie, essentiellement pour donner le change, est entaché de plusieurs contradictions.

A l'opposé de la Cour d'Appel de Paris qui dévoile franchement sa doctrine, la Cour de Cassation commence certes par réaffirmer que la recherche de la «nationalité» d'une personne morale se déduit de la localisation de son siège social. Une fois rappelé, ce principe est aussitôt écarté par l'énoncé d'une exception. En effet, pour échapper à la conséquence logique de la théorie du siège social (1) la Cour Suprême Française décide que «pareil critère cesse d'avoir application» en présence d'une mutation de souveraineté du pays sur lequel se trouve ce siège et de son transfert décidé par les organes de la société.

Une première objection surgit immédiatement. Le pouvoir d'appréciation souverain dont jouit cette juridiction lui permet à la rigueur de voir en l'accession de l'Algérie à l'indépendance une raison suffisante pour mettre en sommeil la solution traditionnelle ; par contre, il semble difficile de comprendre comment elle peut concilier à la fois la mise à l'écart du système du siège social et la prise en considération du transfert. Dès lors qu'elle considère que le déplacement du domicile de la personne morale en dehors des frontières algériennes constitue l'une des conditions de la reconnaissance de la «nationalité« française à la C.C.R.M.A., elle laisse obligatoirement entendre, contrairement à son affirmation, qu'elle fait application du critère du siège social. Lier l'allégeance juridique de cette société au prétendu transfert de son siège revient ni plus nis moins à se référer à l'une des conséquences résultant de l'adoption d'un tel système.

Invoquer, d'autre part, ce transfert pour reconnaître la «nationalité» française à la Caisse Centrale, n'est-ce pas admettre, a contrario, que son maintien sur le territoire algérien aurait conduit exactement à l'effet inverse ? Cela revient à laisser entendre que la mutation de souveraineté du pays de situation du siège social engendre une modification d'office de la «nationalité» de la société. Or, en énonçant en outre que la C.C.R.M.A. «conserve sa nationalité (française) et continue d'être soumise à la loi qui la régissait», la Cour de Cassation nie toute influence de l'indépendance de notre pays sur l'allégeance de la personne morale. «S'il y a eu conservation, c'est qu'il n'y a pas eu perte» (2). S'il n'y a pas eu perte de la «nationalité», c'est qu'il n'y a pas eu en l'espèce recours au siège social. Mais alors, puisqu'il n'y a pas eu utilisation d'un tel critère, pourquoi faire semblant de s'appuyer sur la notion de transfert du siège social pour tenter de justifier la solution donnée ?

Contestable dans son principe, ce raisonnement est d'autant plus singulier que le transfert s'est effectué dans des conditions irrégulières, tant au regard de la législation algérienne qu'au regard de la législation française, puisque ces deux législations subordonnent notamment la validité du transfert à une décision unanime des associées, laquelle fait défaut en l'espèce.

Dès lors que le siège social a été maintenu sur place bien après l'accession de

---

(1) - cf. Supra, p. 56.
(2) - P. LAGARDE, op. cit.

l'Algérie à l'indépendance, c'est donc logiquement le droit algérien que les magistrats auraient dû interroger pour apprécier la validité des conditions de son transfert à l'étranger. Ce droit leur aurait alors révélé le caractère manifestement irrégulier de ce prétendu transfert. La décision de transférer le domicile de la personne morale viole aussi bien la règle législative exigeant l'accord unanime de tous les associés (1), que celle qui subordonne la réalisation d'une telle opération à une autorisation préalable du Ministre des Finances (2). De plus, elle est contraire à une disposition du pacte social qui interdit à l'assemblée générale extraordinaire de modifier cette allégeance (3). Or la décision dont il s'agit n'émane que du conseil d'administration, c'est-à-dire d'un organe encore moins habilité à la prendre.

Il est vrai que l'inopposabilité de ce transfert eu égard à la législation algérienne n'est nullement contestée par la doctrine. Tout en reconnaissant cette tare, M. P. LAGARDE prétend cependant que cela n'a aucune espèce d'importance dans la mesure où les conditions posées par la loi française sont respectées. «La solution qui peut surprendre, s'explique, puisque le transfert du siège est envisagé ici uniquement comme une condition de la conservation par la société de sa nationalité française. Il est donc naturel que les conditions de maintien de cette nationalité soient fixées par la loi de l'Etat dont la nationalité est en cause» (4) ! Une telle explication est vraiment singulière. D'autant plus que l'affirmation selon laquelle la Caisse Centrale de Réassurance aurait conservé sa nationalité implique, comme on l'a montré plus haut, la non utilisation par la Cour de Cassation du système du siège social. La seule façon de soutenir son adoption en l'espèce et la nécessité de se référer uniquement aux règles juridiques françaises pour apprécier la validité du transfert, consisterait à admettre au préalable le postulat selon lequel cette dernière opération ne revêtait pas un caractère international. Cela conduirait, a contrario, à soutenir qu'il s'agissait d'un transfert purement interne ; ce qui reviendrait à dire qu'au moment de sa réalisation l'Algérie n'avait pas encore accédé à la souveraineté législative !

B/ - L'application déguisée du critère du contrôle -

Pour que l'arrêt de la Cour de Cassation retrouve une certaine cohérence, il faut sortir du cadre de la conception classique. C'est uniquement par référence au critère du contrôle que son analyse peut être valablement entreprise. Mais d'après M. P. LAGARDE, ce système n'y aurait qu'une place très réduite. Car,

---

(1) - P. LAGARDE, op. cit.

(2) - La règle de l'unanimité s'explique par le fait que l'Ordonnance du 7 Janvier 1959 n'a pas été étendue à l'Algérie. Et même si elle l'avait été aucune convention n'existe entre l'Algérie et la France en matière de «nationalité» des sociétés.

(3) - cf. Supra. p. 53.

(4) - La Cour de Cassation n'a pourtant pas hésité à invoquer ce même pacte social pour dire que le conseil d'administration est statutairement investi du pouvoir de transférer le siège social.

soutient-il, «le contrôle ne sert pas à déterminer la nationalité de la société. Il ne joue d'ailleurs aucun rôle à lui tout seul, la Cour de Cassation ne l'envisage pas en dehors du transfert du siège social» (1).

Un tel argument nous aurait peut-être convaincus et nous aurions à la rigueur admis que le contrôle n'avait occupé qu'un rôle secondaire si la haute juridiction avait scrupuleusement tenu compte de toutes les règles présidant au transfert international d'un siège social. Or, il a suffisamment été démontré que la Cour de Cassation n'invoque cette dernière opération qu'en apparence. Ce qui, par là même, fait apparaître l'importance qui est accordée au système du contrôle. L'affirmation selon laquelle le siège social «cesse en l'espèce d'avoir application» et celle selon laquelle la C.C.R.M.A. a conservé sa «nationalité» française constituent des éléments qui corroborent cette interprétation. Seule l'utilisation de la théorie du contrôle permet de soutenir que cette personne morale n'a jamais perdu son allégeance (2). Car, comme le laisse entendre la décision, c'étaient effectivement des ressortissants français qui exerçaient, jusqu'à l'intervention de la puissance publique, un pouvoir prépondérant dans sa direction et dans sa gestion. Un attendu de l'arrêt précité de la Cour d'Appel de Paris, et qui semble avoir directement inspiré la Cour de Cassation, est d'ailleurs assez significatif : «... la société dont le siège social était situé à Alger ***a conservé la nationalité française lors de l'accession à l'indépendance de l'Algérie, restant en effet contrôlée par des Français»*** (3)

Il importe de remarquer qu'avant même que la Cour de Cassation ne rende cette décision, une partie de la doctrine (4) avait déjà préconisé l'utilisation de ce système même sur le terrain du «conflit de lois», chaque fois qu'il s'agit de déterminer l'allégeance juridique d'une société établie sur le territoire d'une ancienne colonie. Certains sont allés jusqu'à dire que l'insuffisance du critère du siège social - surtout depuis que les pays nouvellement indépendants sont susceptibles de l'invoquer à leur profit - est tellement flagrante qu'il ne constitue en réalité qu'un faux critère : «c'est seulement parce que dans la très grande majorité des cas, coïncidaient les solutions qui imposaient la considération du contrôle et celle du siège social que l'on s'est contenté de se référer à cette localisation du siège, plus facile à exprimer. Mais lorsque cette coïncidence fait défaut, il faut bien reconnaître que le vrai critère ne peut être recherché que dans la détermination de la nationalité du contrôle» (5).

Par l'intermédiaire des conventions d'établissement qu'elle a conclu avec

---

(1) - P. LAGARDE, op. cit.

(2) - D'autant plus que le critère de l'autonomie de la volonté (cf. Supra, p. 34 et s.) qui aurait également pu conserver cette «nationalité», n'a pas été mentionné par la Cour de Cassation.

(3) - C'est nous qui soulignons.

(4) - cf. H. MAZEAUD ET JEANTET, interventions aux Travaux du Com. Français de dr. int. privé. 1969, pp. 79 et 87. Contra. : J.D. BREDIN, ibid, p. 83. Tout en critiquant une telle conception, cet auteur a désapprouvé la tendance à rabaisser le droit international privé au rang d'«une technique destinée à servir les intérêts privés».

(5) - P. LALANDE, la nationalité des sociétés et l'indépendance de l'Algérie, G.P. 1964 - 2 doct. 33.

certains Etats Africains, la France a effectivement imposé cette doctrine. Pour faire échec à la conséquence logique découlant de la mise en œuvre du critère du siège social en cas de mutation de souveraineté, c'est au contrôle que l'on a préféré avoir recours pour déterminer l'allégeance juridique d'une personne morale.

§ 2 - LE CRITERE DU CONTROLE ET LES CONVENTIONS D'ETABLISSEMENT FRANCO-AFRICAINES -

S'inspirant de l'exemple de la convention économique et financière tuniso-française conclue le 3 Juin 1955, plusieurs des conventions d'établissement signées entre certains pays africains d'expression française et le Gouvernement français (1) ont adopté le système du contrôle afin de résoudre un problème de «conflit de lois».

C'est ainsi que l'article 35 de la Convention Franco-Tunisienne, dont les termes ont été empruntés par les autres accords, stipule que : «les sociétés ayant leur siège social sur le territoire de la République Tunisienne au 1er Janvier 1955, dont la majorité du capital appartient à des Français et dont plus de la moitié des administrateurs ou gérants sont de nationalité française pourront, sur déclaration faite au registre du commerce, conserver leur statut actuel en ce qui concerne les règles régissant leur constitution, leur fonctionnement, leur liquidation et, d'une manière générale, les rapports entre associés ou actionnaires».

Il ressort donc d'une telle clause que les sociétés contrôlées par des ressortissants français, et installées dans ces divers pays avant leur accession à l'indépendance, se voient offrir la possibilité de continuer à être exclusivement régies par le droit en vigueur pendant la période coloniale. Pour cela, il leur suffit tout simplement d'en exprimer le désir par une option.

Même si le bénéfice de ce régime préférentiel est limité dans le temps, il n'en demeure pas moins qu'il intéresse des personnes morales suffisamment nombreuses pour susciter d'importantes objections.

Le premier reproche que l'on peut adresser à une telle disposition c'est de tendre à une assimilation abusive d'une simple personne morale à une personne physique (2) ; puisque seul un individu est susceptible, en principe, de bénéficier d'une option de nationalité, lorsque le pays d'implantation de son domicile fait l'objet d'une mutation de souveraineté (3). Cette faculté de choisir elle-même sa législation, qui est ainsi offerte à l'entreprise contrôlée par

---

(1) - En plus de la Tunisie, cinq pays africains ont conventionnellement accepté d'insérer cette clause : Convention Franco-Malgache du 27 Juin 1960 ; Franco-Tchadienne du 11 Août 1960 ; Franco-Centrafricaine du 13 Août 1960 ; Franco-Congolaise du 15 Août 1960 ; Franco-Gabonaise du 17 Août 1960. Il importe de souligner que le contenu de ces conventions commence à être mis en cause par certains pays. C'est notamment le cas de la République Malgache.

(2) - Pour une critique de cette assimilation, cf. Infra, p. 65 et s.

(3) - Les Accords d'Evian avaient précisément reconnu une telle option aux personnes physiques : cf. J. BENDEDOUCHE, op. cit.

des ressortissants de l'ancienne puissance coloniale, est d'autant plus critiquable que sa mise en œuvre aboutit à figer son statut juridique (1). A moins d'une remise en cause résultant d'une autre convention, ce régime immuable échappe donc à toute évolution pouvant intervenir en matière législative. C'est justement la réalisation de ce but que s'étaient assignés les rédacteurs de la clause, en vue de «protéger les intérêts français contre le risque de modification du droit des sociétés qui auraient réalisés insidieusement leur nationalisation ou du moins leur africanisation forcée» (2).

C'est dire que dans ce domaine, et dans chacun des pays en voie de développement concernés, au moins deux systèmes juridiques cohabiteront, mais dont un seul est susceptible d'évoluer. Au-delà de l'inconvénient majeur résultant d'une telle coexistance, cette reconnaissance d'un «droit acquis» en ce qui concerne la législation applicable est incompatible avec l'idée de souveraineté d'un Etat ; même si elle a été consentie par voie conventionnelle. Car dès lors qu'une société aura exercé le droit d'option qui lui a été conféré, elle se soustraira de façon presque totale à la compétence législative du nouvel Etat sur le territoire duquel elle est établie. Ce pays d'accueil n'aura, par conséquent, aucun moyen de controler son activité. C'est quasiment en toute liberté que cette firme étrangère exploitera notamment ses richesses naturelles, et bien souvent au détriment de ses propres impératifs économiques.

Cette atteinte à l'indépendance nationale est d'autant plus grave que la clause de «réciprocité», que les rédacteurs ont cru utile d'insérer dans les différentes conventions, ne constitue qu'une illusion pour le pays en voie de d éveloppement. La soi-disant réciprocité est plus théorique que réelle. En pratique, il semble en effet difficile d'imaginer l'existence de sociétés contrôlées par des ressortissants des pays anciennement colonisés, établies en France avant la date de la conclusion desdites conventions, et pouvant ainsi bénéficier d'une option de législation identique à celle accordée aux associés français. A supposer même que cette hypothèse ne soit pas simplement une hypothèse d'école, cette option ne s'exercerait de toute façon qu'en faveur d'une législation purement française. La concession que ferait de la sorte le législateur

---

(1) - Un auteur (Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés dans les législations de développement, Annales Africaines, 1962, n.- 1, p. 228), tout en relevant l'inconvénient de ladite clause, considère qu'«elle est plus acceptable sur le terrain du droit conventionnel que sur celui du droit commun».

(2) - J. FOYER, la nationalité des sociétés dans les rapports entre la France et les nouveaux Etats Africains d'expression française, Trav. du Com. Français de dr. int. privé. 1969, p. 278. Mais cet auteur prend soin d'ajouter plus loin que «la clause était en réalité conçue aussi bien dans l'avantage des Etats contractants de la France que dans celui des Français. Dans le domaine des investissements - dans le domaine économique en général du reste -, la psychologie est d'une importance extrême. Rassurer quant à l'avenir de leurs sociétés fixées dans des territoires qui cessaient d'être français les apporteurs de capitaux était un moyen de prévenir les «désinvestissements».

On semble cependant ignorer que la mise en œuvre de l'option de législation risque de mener à un résultat inverse à celui escompté. Parce qu'elle traduit un manque de confiance vis-à-vis de la nouvelle puissance publique, elle est susceptible d'engendrer une plus grande méfiance de sa part.

français serait vraiment mineur par rapport à celle consentie par l'ancienne colonie. Elle relèverait essentiellement du domaine des conflits de lois dans le temps, puisque le droit des sociétés qui aurait été choisi par les Africains continuerait à régir le statut de leur entreprise nonobstant la promulgation d'une modification. Ce qui revient à dire qu'elle ne serait nullement incompatible avec la souveraineté de cet Etat. Inversement, si la concession que fait le pays en voie de développement porte atteinte à son indépendance, c'est parce qu'elle relève, de par sa nature, du domaine des conflits de lois dans l'espace ; étant donné que la législation qui est susceptible d'être choisie est elle-même l'œuvre d'un législateur étranger, c'est-à-dire de l'ancienne puissance coloniale.

CONCLUSION/ -

Il ressort de tous les développements qui viennent de leur être consacrés, qu'aucun des critères étudiés n'est apte à déterminer de façon satisfaisante, et surtout dans l'intérêt national du pays d'accueil, la loi compétente pour régir les différents rapports d'une société. L'adoption par un pays en voie de développement d'un critère volontariste, du critère du siège social ou de celui du contrôle aboutirait de façon presque irrémédiable à autoriser indirectement la société étrangère qui exercer une activité sur son territoire à se soustraire à l'empire du droit local. Ce constat de carence nous autorise à soutenir que la seule solution viable ne se trouve en réalité que dans la suppression du prétendu problème de «conflit de lois» en matière de sociétés et dans un sage retour au territorialisme.

CHAPITRE II-

LE TERRITORIALISME NECESSAIRE

L'indépendance politique n'est pas une panacée. Elle s'avère à elle seule insuffisante pour satisfaire les aspirations profondes et légitimes des pays anciennement dominés. L'indépendance économique constitue son corollaire indispensable. Mais la difficile construction d'une économie libérée du maximum d'entraves suppose sinon son entière prise en main par l'Etat (1), du moins la compétence de la puissance publique à contrôler effectivement toutes les sociétés privées qui exercent une activité sur son territoire.

Il serait cependant illusoire d'espérer atteindre ce but sans l'indispensable concours du droit local. Ce n'est donc certainement pas en laissant à certaines entreprises la faculté d'importer leur propre législation, sous prétexte qu'elle viennent investir des capitaux, que le système juridique du pays d'établissement pourra remplir sa mission protectrice. Devant la puissance des firmes étrangères, et surtout de celles qui appartiennent à des groupes multinationaux, et dont les pays développés eux-mêmes commencent à pressentir les dangers depuis la dernière crise pétrolière, l'assujetissement de ces sociétés à l'empire de la législation du pays d'établissement représente bien souvent l'unique moyen de défense dont dispose le jeune Etat. Ceci afin de les empêcher d'étouffer les entreprises publiques naissantes, de veiller à ce qu'elles exploitent les richesses naturelles conformément à l'intérêt national et pour faire échec, le cas échéant, à leur prétention à exercer une quelconque influence politique (2). Car il ne faut pas oublier que c'est justement parce que «les lois relatives à la structure des entreprises sont une arme puissante de la politique économique, financière et social des pays que les gouvernements (occidentaux) n'abandonnent pas facilement» (3). De par la vulnérabilité qui caractérise leur situation, les pays en voie de développement seraient, a fortiori, moins susceptibles de consentir un tel abandon de compétence.

---

(1) - Dans ce sens V. notamment : H. VALLAT, op. cit.

(2) - La tentative de la compagnie américaine I.T.T. en vue de renverser le Gouvernement chilien de M. ALLENDE, et peut-être la part prise dans son renversement, montre assez bien qu'un tel danger n'est pas simplement théorique (cf. Le Monde du 13 Septembre 1973 ; V. également : A. SAMPSON, l'Etat I.T.T. souverain, éd. A. Moreau, Paris, 1973 ; selon le rapport des Nations Unies sur les sociétés multinationales et le développement mondial (op. cit., p. 62) : «les pays de pénétration en voie de développement se méfient des méthodes des sociétés multinationales. Ouvertement ou non, celles-ci peuvent utiliser leur puissance financière et leur facilité d'accès auprès des milieux gouvernementaux et du monde des affaires pour infléchir à leur gré le processus politique local»).

(3) - H. ARNOLD, Succursales et filiales dans le marché commun, collection Eurolibri, n.- 15, Dall. et Sirey, 1963, p. 14.

Mais si la soumission de la personne morale étrangère à la législation du territoire d'accueil apparaît ainsi comme une nécessité impérieuse, et comme la seule voie conforme à la souveraineté des Etats, nous avons suffisamment montré que ce n'est certainement pas en adoptant l'un des systèmes traditionnels, comme on le lui suggère, que le pays en voie de développement atteindra un tel résultat. C'est même presque toujours à un résultat inverse que cela le conduirait. Si on veut véritablement conférer à la législation locale le champ d'application qu'elle mérite et qui peut lui permettre de jouer pleinement son rôle, c'est dans le principe de la territorialité des lois qu'il faudra puiser la solution.

Parce qu'il constitue «par excellence l'instrument de défense du particularisme de chaque législation» (1) et celui des intérêts nationaux en général, le territorialisme n'aurait jamais dû être mis en échec par l'application extraterritoriale du droit régissant les sociétés. Autrement dit, en matière d'allégeance juridique, on n'aurait jamais dû étendre à une simple personne morale une faveur qui n'était, à l'origine, accordée qu'au statut d'une personne physique (2). Cette assimilation superficielle ne se justifie en aucune façon. Corollaire de l'abusive thèse de la «réalité» d e la personnalité morale soutenue par certains auteurs du XIXème Siècle (3), elle doit être considérée aujourd'hui, à l'instar de la théorie qui prétendait la justifier, comme un accident de l'histoire. La disparition de la cause devant tout naturellement conduire à celle de l'effet.

Le principe de l'application territoriale du droit des sociétés s'impose d'autant plus que, en dehors même de l'appui des arguments négatifs résultant des objections faites aux différents critères, il ne manque pas de fondement (Section I). Cette notion de territorialité a toutefois besoin d'être précisée, car elle est susceptible de revêtir plusieurs significations. Aussi, afin de supprimer toute équivoque, conviendra-t-il de définir son contenu et de circonscrire sa portée (Section II).

SECTION I
LES FONDEMENTS DU TERRITORIALISME

Les fondements d'un véritable territorialisme du droit des sociétés, c'est-à-dire d'un territorialisme intransigeant (4), peuvent découler non seulement de données purement techniques (S/Section I), mais aussi de données législatives (S/Section II).

SOUS-SECTION I
LE TERRITORIALISME ET LES DONNEES TECHNIQUES

Dans la recherche de la loi applicable à une société, deux considérations

---

(1) - *Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit., p. 24.*

(2) - *Sur l'application de la loi nationale au statut personnel, cf. notamment : H. BATTIFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 3 et s.*

(3) - *cf. Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 102.*

(4) - *Sur le sens de cette expression, cf. Infra, p. 86 et s.*

capitales ont été - délibérément peut-être - ignorées jusqu'ici. Sans doute parce qu'elles plaident manifestement en faveur de la mise en œuvre d'un territorialisme strict. Nous voulons essentiellement parler du particularisme de la personne morale (§ 1) et de la conception classique qui exclut le droit des sociétés de la catégorie des «lois de police» et de sûreté, malgré le caractère impératif de ces règles. C'est donc la thèse du rattachement qu'il y aura lieu de soutenir (§ 2).

§ 1 - LA JUSTIFICATION DU TERRITORIALISME ET LA PERSONNALITE MORALE -

L'assimilation abusive des groupements aux individus qui a été consacrée par les auteurs du XIXème Siècle (1) et qui, consciemment ou inconsciemment, a persisté depuis cette lointaine époque, constitue certainement la source du prétendu problème de «conflit de lois» même en matière de sociétés, et des innombrables difficultés auxquelles il a donné naissance. Or la personne morale, cette expression malheureuse» (2), est absolument irréductible à la personne physique (A). C'est en raison de cette différence profonde qu'une dérogation au territorialisme de principe concédé à sa pseudo loi «nationale» se comprendrait mal. Surtout lorsque l'on sait que la doctrine dans son ensemble est dans l'incapacité de fournir un appui théorique susceptible de fonder réellement l'extraterritorialité du droit des sociétés (B).

A) - L'irréductibilité de la personne morale à la personne physique -

Si le raisonnement par analogie est un procédé couramment utilisé en droit interne, sauf en matière pénale, il l'est encore plus fréquemment en droit international privé, qui est une branche essentiellement prétorienne. Car le législateur n'intervient qu'à de rares occasions dans ce domaine. C'est le recours à une telle méthode qui semble avoir conduit tout particulièrement la jurisprudence française à étendre aux personnes morales des principes prévus à l'origine exclusivement pour régir des personnes physiques. C'est ce qui explique que la personne morale se soit vue attribuer une «nationalité» (3), bien que la nation ne soit, selon Littré, qu'une réunion d'hommes. «Par suite, toute société constituée dans un Etat était assimilée à un individu né dans cet Etat et comme cet être nouveau n'avait pas de parents on lui attribuait, comme à l'enfant né de

---

(1) - cf. notamment : S. BASTID ET F. LUCHAIRE, la condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers, in la personne morale et ses limites, op. cit., p. 159.

(2) - R. DAVID, rapport général, in la personne morale et ses limites, op. cit., p. 5.

(3) - Sur le sens qu'il convient de réserver à ce concept en ce qui concerne les sociétés, cf. Infra, p. 138 et s.

père inconnu, la nationalité de l'Etat où il est né» (1).

En partant de cette prémisse, on a superficiellement déduit une autre conséquence : pour tenter d'expliquer pourquoi les effets de la loi de constitution d'une société doivent être reconnus même dans un pays étranger, on n'a pas hésité à soutenir l'idée selon laquelle une personne morale bénéficie, à l'instar de tout être humain, d'un statut personnel (2). C'est ainsi que cette assimilation a notamment été rappelée lors d'un colloque consacré pourtant essentiellement à l'étude de la personnalité morale. Pour soutenir la compétence de la législation française à s'appliquer à des sociétés contrôlées par des ressortissants français et établies dans certains pays en voie de développement, un auteur a affirmé qu'«il a toujours été admis que le statut personnel des personnes physiques était régi par les lois nationales. Il semble donc normal qu'il en soit de même pour les personnes morales» (3).

Il est nullement besoin de s'étendre outre mesure pour montrer à quel point l'analogie à laquelle on fait ainsi référence est excessive.

L'utilisation de l'expression «personnalité», pour qualifier un simple groupement, ne fait plus illusion sur la véritable nature de ce sujet de droit. On ne s'étonnera donc pas de constater que les «exagérations dogmatiques» et les «abstractions simplificatrices» du XIXème Siècle suscitent des réactions hostiles dans tous les pays du monde. La remise en cause de ce concept contestable se remarque dans la sphère socialiste où l'unanimité de la doctrine consi-

---

(1) - S. BASTID ET F. LUCHAIRE, op. cit., p. 159. Un autre auteur (PH. FRANCESCAKIS, intervention après le rapport de P. CHARDENON sur la nationalité des sociétés dans les rapports Franco-Algériens, (op. cit.) retrace l'historique combien significatif, de cette assimilation : «Pourquoi insiste-t-on tellement en droit français sur la notion de nationalité ? Parce que, à un moment donné, l'assimilation à la personne physique conduisait à soumettre la personne morale à sa loi nationale. Il importe ici de faire un petit retour en arrière sur l'origine en droit français du rattachement de la société à la loi nationale. La préhistoire se situe une année simplement avant la loi de 1867. Il y a dans le Traité de Foelix, 4ème Ed. par Demangeot, une toute petite note concernant les sociétés. Le texte indique qu'il existe des conventions qui ne peuvent avoir effet que lorsqu'elles ont reçu confirmation soit d'une personne, soit d'une autorité publique. On cite, par exemple, la transaction faite par le tuteur. A cette occasion la petite note précise : «le même principe vaut en matière de sociétés. Les sociétés sont soumises à la loi de l'Etat qui leur a donné naissance

«C'est donc l'idée de l'incorporation qui est tout d'abord venue à l'idée des auteurs français à l'époque où ils pensaient, avant 1867, qu'il faut une raison pour qu'une société anonyme existe.

«Par la suite, le tout premier volume du Clunet, indique que les sociétés sont soumises à la loi du domicile. Pour Thaller, la loi du domicile ou la loi nationale c'est la même chose.

«C'est à ce moment-là qu'intervient la doctrine italienne représentée à l'époque par Weiss, la doctrine de Mancini qui voulait étendre autant que possible l'empire de la loi nationale à tous les rapports juridiques. Et, en France, l'idée s'enracine qu'il existe une loi nationale et que c'est cette loi nationale qu'on applique. Depuis lors, au lieu de parler du siège social, on parle de nationalité».

(2) - Pour la critique d'un tel fondement à l'extraterritorialité de la loi sociale, cf. Infra, p. 69 et s.

(3) - F. LUCHAIRE, la société étrangère dans les pays sous-développés, in la personnalité morale et ses limites, op. cit., p. 176.

dère que «les rapports juridiques sont les rapports existant entre les hommes» (1). Mais cette hostilité n'est pas exclusivement propre à cette partie du globe. Considérée comme un simple instrument de réalisation d'objectifs dépassant les possibilités d'un seul individu, la personne morale n'est rien d'autre qu'une juxtapposition de règles juridiques conférant une certaine autonomie à l'œuvre commune (2). C'est ce qui explique qu'à la différence de la personnalité des individus, qui seule est une véritable personnalité, la «personnalité morale» est susceptible d'être plus ou moins étendue ; elle ne repose pas sur des données fournies par la nature et ne correspond pas à une idée de justice ; elle repose essentiellement sur des considérations d'opportunité et de politique» (3). Autrement dit, ajoute à juste raison cet auteur, c'est du «construit» par opposition à la personne physique qui constitue une «donnée». Cette construction autonome, sans laquelle la société n'existerait pas, ne vise nullement un but propre et supérieur aux intérêts individuels des associés. Elle ne constitue qu'un moyen permettant avant toute chose de faire fructifier les capitaux investis et de répartir entre ses membres les bénéfices qui en résultent (4).

En dehors de la détermination de la législation qui doit lui être appliquée (5), la recherche de la nationalité de la personne morale, cette simple façade (6), par référence au critère du contrôle, constitue une «réaction salutaire contre les excès de la théorie» (7) et un argument supplémentaire à opposer aux tenants de la thèse de l'assimilation.

Dans la mesure où la doctrine dominante fait ainsi suffisamment ressortir «le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé» (8) et où l'on s'accorde pour considérer que «les effets de la personne morale ne doivent pas être calqués sur ceux de la personne physique» (9), la nécessité de trouver une justification à l'application extraterritoriale du droit des sociétés se fait dès lors sentir. Or, les diverses tentatives qui ont été faites par les partisans d'une telle extraterritorialité sont loin d'être convaincantes.

B) - L'échec des justifications en vue de fonder l'extraterritorialité du droit des sociétés -

Pour pouvoir soutenir raisonnablement qu'une société qui exerce, par exemple, une activité sur le territoire d'un pays en voie de développement peut

---

(1) - KNAPP, cité par R. DAVID, op. cit. p. 3 ; V. également : Rev. inter. dr. comparé, 1959-521.

(2) - cf. J. HAMEL, la personnalité morale et ses limites, D. 1949 - doct., p. 124.

(3) - R. DAVID, op. cit., p. 6.

(4) - V. particulièrement : J. FOYER, Sens et portée de la personne morale en France, in la personne morale et ses limites, op. cit., p. 119.

(5) - cf. Infra, p. 81 et s.

(6) - cf. Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 265.

(7) - R. DAVID, op. cit., p. 19.

(8) - P. COULOMBEL, le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse Nancy, 1949.

(9) - R. DAVID, op. cit., p. 21.

échapper à l'empire de la législation locale et relever uniquement de celle de son pays d'origine, il faudrait au préalable être en mesure de se prévaloir d'un fondement juridique susceptible de justifier une telle «exportation» du droit des sociétés. Pour répondre à cette légitime attente, certains ont invoqué la théorie des droits acquis ; d'autres ont prétendu étendre à une société le bénéfice du statut personnel ; et devant le peu de succès de ces deux précédentes thèses, on s'est finalement contenté d'avancer, mais sans grande conviction, l'idée d'unicité ou de permanence du régime juridique de la société.

1/ - L'extraterritorialité du droit des sociétés et le respect international des droits acquis -

Dans l'évolution d'un rapport juridique, le système proposé par Pillet, et qu'il convient de présenter schématiquement, consiste à distinguer la création d'un droit de la reconnaissance de son efficacité.

En ce qui concerne la création du droit, c'est-à-dire, dans notre matière, la constitution de la société, les fondateurs ne pourront pas constituer cette personne morale dans un pays tout en prétendant la soumettre à la législation d'un autre. Car c'est la loi du lieu de constitution qui doit nécessairement régir les divers rapports de la société.

Il en va tout autrement dans la seconde hypothèse ; puisqu'il s'agit non pas de la création d'un droit, mais uniquement de permettre à un droit déjà valablement constitué dans un pays de produire, après son transfert dans un autre pays, des effets analogues à ceux qu'il produisait sous l'empire de la législation qui a présidé à sa naissance. Si la compétence du droit étranger est ainsi susceptible d'être reconnue, c'est, estime Pillet, parce que la loi choisie lors de la constitution de la société crée à son profit un droit consistant à l'autoriser à invoquer cette loi. Autrement dit, si l'on veut, par exemple, apprécier la portée des pouvoirs des administrateurs d'une société fondée en Angleterre et qui exerce une activité sur notre territoire, il faudra, selon cette thèse, se référer aux dispositions de la législation anglaise. Car les associés ont définitivement acquis un droit à s'en prévaloir en dehors même de leur domaine normal d'application (1).

Ce respect international des droits acquis, soutiennent ses partisans, fonde d'autant plus l'application de la loi d'origine qu'il est dicté par de nombreux intérêts.

Il offre, en premier lieu, l'avantage de sauvegarder l'unité dans le temps du statut juridique de la société.

Le fait que la loi étrangère ait donné naissance à la société l'autorise, en second lieu, d'autant plus à se perpétuer.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce n'est nullement par simple

---

(1) - PILLET, des personnes morales en droit international privé, p. 112 ; du même auteur V. également : la théorie des droits acquis, Rec. Cours Acad. 1925 t. III, p.489 ; pour un exposé détaillé et une appréciation critique de cette thèse, V. Notamment : Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit. p. 176 et s.

courtoisie que l'Etat d'accueil sur le territoire duquel est invoqué l'efficacité d'un droit acquis doit reconnaître la souveraineté de la loi étrangère. Il y est contraint par un principe juridique qui a sa source dans le droit des gens.

Parmi toutes les critiques qui ont été faites à cette théorie, nous nous contenterons de ne reproduire que la plus fondamentale. On a notamment reproché à Pillet d'utiliser comme fondement du principe des droits acquis le respect de la souveraineté ; c'est-à-dire d'invoquer une base similaire à celle sur laquelle s'appuie la solution des «conflits de lois». Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'on ait fait grief «au principe de l'efficacité internationale des droits acquis de n'apporter aucune solution nouvelle et d'aboutir rigoureusement aux mêmes résultats que ceux que permettait d'atteindre l'application des règles normales de «conflits de lois» (1). Cet auteur prend cependant soin de nuancer sa critique : il reconnaît que sur le terrain du conflit mobile les conséquences déduites de la théorie des droits acquis sont différentes de celles qui découlent de la mise en œuvre des règles classiques de conflit de lois. En effet, alors que ces dernières impliquent l'application successive de deux lois dans le temps avec la non-rétroactivité de la loi nouvelle, l'utilisation de la théorie des droits acquis tend à assurer la survie de la loi originaire.

En dehors du fait que l'intérêt de recourir au respect international des droits acquis pour justifier l'extraterritorialité de la loi de la société apparaît limité à la doctrine, il faut nécessairement que cette loi soit compétente d'après le système de solution de «conflit de lois» du pays sur le territoire duquel on veut se prévaloir de l'efficacité du droit. Ce qui revient à dire que cette théorie n'est susceptible de jouer que dans les pays qui, contrairement au nôtre, se rallient au système traditionnel de détermination de la législation applicable à une personne morale. Et il faudrait encore qu'elle soit au préalable admise par les nouveaux Etats qui reprochent à cette théorie générale de servir à perpétuer un ordre juridique international à la conception duquel ils n'ont pris aucune part.

Il convient de noter, enfin, que la plupart des objections qui sont opposées tout au long de cette étude à l'utilisation d'un système de «conflit de lois» en matière de sociétés, peuvent également être étendues au système des droits acquis, puisque c'est le même fondement qui est pris en considération dans l'un comme dans l'autre cas et que les implications qui en résultent sont presque analogues.

2/ - L'extraterritorialité du droit des sociétés et le statut personnel -

Pour justifier l'extraterritorialité de la loi de la société, une partie de la doctrine a fait appel au raisonnement par analogie et a étendu par conséquent aux personnes morales des règles prévues pour les personnes physiques. Elle affirme qu'il convient de leur faire application de l'article 3, alinéa 1, du code civil qui énonce que : «les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger» (2). En partant de cette

---

(1) - Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 213.

(2) - Interprétant de façon bilatérale ce texte, la jurisprudence française admet qu'un

extaterritorialité dont bénéficient ainsi des lois d'état et de capacité, les partisans de cette thèse fondent l'extension de la loi de la société en dehors de son domaine normal d'application sur son rattachement au statut personnel : parce qu'elle est un sujet de droit, la société possède donc, à l'instar de n'importe quel individu, un état et une capacité qui sont soumis à une loi unique ; celle-ci doit également, et conformément aux dispositions de l'article 3, al. 1, du Code Civil, la suivre pendant toute sa vie quel que soit le pays sur le territoire duquel elle exerce son activité.

Loin d'avoir été soutenue uniquement par certains auteurs, cette thèse consistant à vouloir justifier la compétence internationale de la législation de la société par l'idée de statut personnel a été unanimement consacrée par la jurisprudence française et par la jurisprudence belge (1). Elle a en outre recueilli l'adhésion des tribunaux d'autres pays européens tels que l'Angleterre et l'Allemagne.

En plus des empêchements évoqués plus haut et qui interdisent toute assimilation d'une personne morale à une personne physique (2), un argument de texte plaide à l'encontre de toute extension de l'article 3, alinéa 1, du Code Civil au profit d'une société. Cette disposition n'a été prévue, en effet, que pour régir l'état et la capacité des individus. Ce sont les seules personnes dont elle s'occupe. Elle n'a jamais inclu la société dans ses prévisions. Intégrer cette dernière dans le champ d'application de l'article précité du Code Civil afin de fonder l'extraterritorialité de sa loi, revient à en faire une interprétation abusive, car manifestement contraire à la volonté de ses rédacteurs (3).

C'est sans doute pour contourner cette importante objection, que certains tenants de la théorie du statut personnel de la société ont préféré recourir à l'idée, chère à l'école hollandaise, de la courtoisie internationale.

Ainsi nuancée, cette thèse semble, a priori, plus acceptable ; puisqu'elle a au moins le mérite de la modestie ; étant donné qu'elle reconnaît indirectement l'impuissance de la théorie juridique à justifier, faute d'un pouvoir législatif supranational, l'aptitude d'une loi à régir des rapports sociaux en dehors de ses frontières d'origine. Mais c'est précisément parce qu'elle s'appuie sur des considérations étrangères au droit, qu'elle a fait l'objet d'une vive critique : «si les statuts d'état et de capacité sont extraterritoriaux, lui a-t-on opposé, c'est en vertu d'un principe juridique et non d'une vague idée de courtoisie internationale qui n'est plus de nos jours qu'un vain mot» (4).

Parce que cette notion de courtoisie relève effectivement du «non-droit» et qu'elle n'a été invoquée, historiquement, qu'en faveur des seules personnes physiques, il convient d'approuver M. LOUSSOUARN lorsqu'il la rejette en tant que soutien de la permanence de la législation d'une personne morale. Mais nous ne sommes pas du tout convaincus par l'opinion selon laquelle l'extraterri-

---

étranger domicilié en France peut prétendre à l'application de sa loi nationale chaque fois qu'il s'agit de trancher un problème relatif à son état ou à sa capacité.

(1) - cf. R. ABRAHMS, op. cit., pp. 1 et 2.

(2) - cf. Supra, p. 65 et s.

(3) - V. PILLET, op. cit. p. 108 et s.

(4) - Y LOUSSOUARN, op. cit., p. 173.

torialité du statut personnel s'impose exclusivement grâce à un principe d'ordre juridique. Réserve faite de leur éventuelle incorporation dans une convention interétatique, on ne voit vraiment pas comment les dispositions de l'article 3, alinéa 1, du Co de Civil français (1) devraient avoir force de loi dans un pays étranger. On peut, à la limite, s'interroger sur l'utilité d'un tel texte, sur le plan international, puisque les ressortissants qu'il est censé régir échappent par définition à son empire et ne relèvent en principe que de la législation de l'Etat étranger sur lequel ils se sont établis. Et si ce pays reconnaît la compétence de leur loi nationale en ce qui concerne leur état et leur capacité, ce n'est certainement pas parce qu'il y est juridiquement obligé. C'est dire que la promulgation de l'article 3, alinéa 1, pouvait à la rigueur s'expliquer dans le cadre de l'empire napoléonien, mais que son maintien n'a plus sa raison d'être aujourd'hui. A moins de transformer radicalement le contenu de cette règle de conflit en édictant, contrairement à ce qui a été fait, que «les ressortissants étrangers résidant sur notre territoire, sont régis par leur loi nationale en ce qui concerne leur état et leur capacité».

Quoi qu'il en soit, si l'idée de courtoisie internationale est susceptible de faire admettre l'extension d'une loi nationale en matière de statut personnel des individus, il n'en demeure pas moins qu'elle peut difficilement justifier l'application extraterritoriale du droit des sociétés. On considère, en effet, que si les lois sur l'état et la capacité d'une personne physique bénéficient ainsi de ce régime de faveur, c'est surtout parce qu'elles sont mieux adaptées à sa psychologie et à son tempéramment ; considérations qui risqueraient d'échapper à un législateur étranger. Sans compter qu'une telle intervention constituerait une atteinte à sa personnalité car elle toucherait un des éléments qui illustrent son appartenance à une communauté socio-culturelle. Mais de tels arguments ne peuvent pas être mis en avant dans le cas d'une personne morale. Abstraction faite des dangers qui pourraient en résulter, il serait aberrant d'invoquer la spécificité du tempéramment et de la psychologie de la personne morale pour tenter d'imposer la compétence de sa loi dans un pays autre que celui dans lequel elle a été constituée.

On a, enfin, fait valoir que les lois d'état et de capacité ont principalement pour objet de protéger les personnes qu'elles régissent. Et que cette protection ne peut réellement être assurée que dans la mesure où ces lois suivent ces personnes dans toutes leurs périgrinations.

Si cet argument présente effectivement une certaine valeur lorsqu'il est appliqué à la législation nationale des individus, il en est totalement démuni dès que l'on essaie de l'invoquer en faveur d'une personne morale. Car il ne faut pas oublier que les lois d'état et de capacité ont essentiellement pour finalité de sauvegarder la personne contre toute altération de sa volonté. Ce qui revient à dire, comme le souligne à juste titre Pillet, qu'il y a entre l'existence d'une volonté et la capacité «un lien si étroit que, là où toute volonté fait naturellement défaut, il n'y a aucune place pour la capacité» (2). Or, conclut-il, les

---

(1) - L'article 10 de l'avant-projet du code civil algérien reprend cette disposition.
(2) - PILLET, op. cit.

personnes morales n'ont pas de volonté propre. On peut certes leur attribuer celle de leurs organes, mais au lieu d'être personnelle, cette capacité de l'organe agissant comme représentant de la personne morale est uniquement fonctionnelle.

3/ - L'extraterritorialité du droit des sociétés et l'unité du régime juridique de la société -

A partir du moment où elle s'accordait pour rejeter aussi bien la théorie du respect international des droits acquis que celle du statut personnel, la doctrine moderne se voyait dès lors mise dans l'obligation de proposer une solution de rechange.

En vue de combler ce vide, M. BATIFFOL invoque la stabilité et le non morcellement du statut de la personne morale comme argument ayant emporté son adhésion au critère du siège social, et, par conséquent, comme seule justification de l'aptitude de la loi de la société à s'appliquer en dehors des frontières qui lui sont normalement dévolues (1). C'est sur cette même idée que s'appuie M. LOUSSOUARN : «le véritable fondement, considère-t-il, réside dans le désir de soumettre à une loi unique l'ensemble du régime juridique de la société. Le contrat, l'institution, les effets qu'ils peuvent produire sur le territoire de pays différents forment un tout auquel il faut conserver le maximum d'homogénéité. Or le meilleur moyen d'obtenir cette cohérence c'est de soumettre l'ensemble des rapports juridiques auxquels la société donne naissance à une loi unique possédant un domaine d'application extraterritorial» (2).

Pas plus que celles qui l'ont précédée, cette thèse n'emporte pas la conviction. De sérieux reproches peuvent lui être faits.

La première objection que l'on peut lui opposer, c'est d'être démunie, à l'instar de la théorie de la courtoisie internationale, de toute signification juridique. On ne voit vraiment pas, en effet, en quoi cette notion d'unicité du régime constitue un principe de droit et serait susceptible, à ce titre, d'être le fondement de l'application extraterritoriale de la législation d'une société ? Elle peut tout au plus être considérée comme le résultat recherché.

Abstraction faite de ce caractère extra-juridique, cette idée de stabilité du statut de la personne morale est d'autant moins acceptable qu'elle s'avère manifestement incapable de contrebalancer la vigueur avec laquelle s'impose la règle de la territorialité des lois. La souveraineté de l'Etat, dont elle ne constitue que le corollaire le plus immédiat, ne peut raisonnablement s'effacer sous l'effet de ce simple besoin, aussi réel soit-il. Surtout lorsque l'on sait que le conflit de lois n'est ni plus ni moins qu'un conflit de souveraineté. C'est dire qu'il est inconcevable de demander à la souveraineté du pays d'établissement de se plier devant

---

(1) - V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 283 et s.

(2) - Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matières de sociétés, op. cit., p. 205 ; V. également : Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 369 ; P. LEREBOURS - PIGEONNIERE ET Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 305.

celle du pays d'origine de la société uniquement parce que la permanence de la loi de cette dernière est souhaitable.

Enfin, en plus des précédentes critiques, la prise en considération de la thèse de l'unité du régime juridique de l'entreprise conduirait nécessairement à instaurer sur un même territoire une pluralité de législations sur les sociétés. Les lois allemande, anglaise, américaine, française... s'y appliqueraient, dès lors que c'est conformément à leurs dispositions que s'étaient constituées les sociétés étrangères qui exercent une activité sur ce territoire. Ainsi donc, sous prétexte d'éviter le non-morcellement du statut d'une personne privée, on n'hésite pas à sacrifier le principe intangible de l'unité législative dans un pays. On sauvegarde, en outre, par là même au maximum les intérêts des associés, mais on ne se soucie guère de ceux des tiers qui sont susceptibles de contracter avec de telles firmes, dans une ignorance complète de la loi qui les régit, ni a fortiori des intérêts nationaux du pays d'accueil.

§ 2 - LA JUSTIFICATION DU TERRITORIALISME, LES «LOIS DE POLICE» ET LE DROIT DES SOCIETES -

L'article 3, alinéa 1, du Code Civil (1) dispose que «les lois de police et de sûreté (2) obligent tous ceux qui habitent le territoire».

Le cadre de cette étude ne permet pas de s'étendre sur l'analyse de cette disposition (3). Il suffit de savoir qu'elle a pour résultat d'assurer, sans passer par l'intermédiaire du procédé du conflit de lois (4), l'application «immédiate» (5) de certaines règles sur toute l'étendue du territoire. C'est dire que l'empire de ces lois de police s'étend aussi bien aux individus ayant un domicile ou une résidence dans notre pays, qu'aux faits et actes qui s'y produisent (6).

La territorialité de ces lois n'est nullement discutée. Le véritable problème

---

(1) - A l'exception des dispositions contraires à la souveraineté nationale, le Code Civil Français a été reconduit en Algérie par la loi du 31 Décembre 1962, J.O. du 11 Janvier 1963 ; ce texte a été intégralement repris par l'article 5 de l'avant-projet du Code Civil Algérien.

(2) - La doctrine (V. notamment : PH. FRANCESCAKIS, encyclo. Dall. dr. int. priv. V° conflits de lois, n.- 128) abandonne l'utilisation du mot «sûreté» qui lui paraît désuet ou redondant.

(3) - Pour une étude complète, v. R.VAN DER ELST, les lois de police en droit international privé français et belge, Bruxelles, 1957.

(4) - V. H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, op. cit., p. 306 ; PH. FRANCESCAKIS, quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. Crit. dr. int. priv. 1966-7 ; Encycl. Dall. dr. int. priv., V° conflits de lois, n.- 124 et 137 ; P. GRAULICH, règles de conflits et règles d'application immédiate, mélanges Dabin, 1963, p. 629 et s.

(5) - PH. FRANCESCAKIS avait proposé (V. Le renvoi et les conflits de systèmes, 1958 p. 11 et s) de recourir à l'appellation de «lois d'application immédiate». Mais il semble revenir à présent à l'expression de «lois de police» (V. Encycl. Dall. dr. int. priv. op. cit., n.- 137).

(6) - Contrairement au doyen Batiffol (op. cit. p. 306) qui s'en tient à une stricte territorialité des lois de police, M. FRANCESCAKIS (V. rev. crit. dr. int. priv. 1966, op. cit., p. 14 et Encycl. Dall. dr. int. priv. op. cit., n.- 103, 132 et s) préconise leur champ d'application même à des éléments localisés à l'étranger.

surgit au moment où il s'agit de rechercher le sens qu'il convient de donner à cette notion de «lois de police» ; et de déterminer, par conséquent, les normes susceptibles, compte tenu de leur nature, d'être classées dans cette catégorie de rattachement.

Traditionnellement, on se contentait d'y ranger quelques mesures législatives telles que la réglementation des poids et mesures, l'interdiction d'exporter des grains ou la prohibition d'aliéner des fonds à des étrangers (1). Ces différents exemples utilisés par les anciens auteurs français paraissent a priori «tout autant hétéroclites qu'exceptionnels» (2). Ils sont cependant suffisamment éloquents pour faire comprendre «que l'on confie à cette catégorie tous les cas dans lesquels il n'y a pas seulement des intérêts particuliers, mais bien l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique» (3).

C'est précisément à cette fonction dans l'organisation de l'Etat que semblent se référer tous les auteurs modernes (4) pour qualifier les lois de police. C'est aussi ce qui explique pourquoi ce travail de qualification n'a pris véritablement de l'importance qu'avec le développement de l'interventionnisme (5). Cette idée directrice a permis d'inclure dans cette catégorie notamment la réglementation des loyers, celle du travail, celle du fonds de garantie automobile ou encore les règles qui régissent l'action directe du tiers lésé contre l'assureur (6).

Mais alors même que l'on s'accorde pour définir les lois de police comme étant des mesures «dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays» (7), on constate, non sans quelque étonnement, que la doctrine, dans son ensemble, exclut en principe le droit des sociétés de cette classification ; puisque, hormis les règles de publicité (8), de la responsabilité des organes sociaux (9), des titres déposés en compte-courant (10), de la faillite et du règlement judiciaire (11), toute la législation sur les sociétés est considérée comme étant d'application extraterritoriale (12).

Cette conception, pour le moins paradoxale, pouvait s'expliquer à l'époque

---

(1) - V. PH. FRANCESCAKIS, Rev. crit. dr. int. priv. op. cit., p. 13.
(2) - Ibid.
(3) - Ibid.
(4) - En plus des auteurs déjà cités, v. P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE ET Y. LOUSSOUARN, (op. cit. p. 403) qui précisent que «cette qualification (de lois de police) convient particulièrement à toutes les matières de droit privé dans lesquelles les pouvoirs publics interviennent activement».
(5) - V. dans ce sens : H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, op. cit. p. 306 ; PH. FRANCESCAKIS, rev. crit. dr. int. priv. 1966, op. cit., p. 13.
(6) - PH. FRANCESCAKIS, encycl. Dall. dr. int. priv. ; cit. ; n.- s 118 et 119 ; P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE ET Y. LOUSSOUARN, op. cit., pp. 403 et 404.
(7) - PH. FRANCESCAKIS, Ency. Dall. dr. int. priv., op. cit., n.- 137.
(8) - V. Notamment : Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 400 et s. Il convient de préciser cependant que la publicité locale ne fait que se superposer à celle exigée par la loi de la société, qui est considérée comme ayant la compétence de principe.
(9) - Ibid. p. 442 et s.
(10) - Ibid. p. 411.
(11) Ibid. p. 759 et s.
(12) - Sur la compétence de principe de la lex sociétatis : ibid, p. 369 et s.

du libéralisme intégral, où le droit des sociétés était censé n'organiser que des rapports purement privés, dans lesquels l'«Etat-Gendarme» ne pouvait s'immiscer. Mais elle ne peut être acceptée aujourd'hui. Car elle est incompatible aussi bien avec le simple interventionnisme économique qui s'est peu à peu instauré dans le monde, qu'avec - et à plus forte raison - l'option socialiste d'un pays. D'autant plus que cette branche du droit est l'un des plus importants instruments de réalisation de la politique économique d'un Etat.

On admet, certes, que la règle de l'extraterritorialité ne doit pas être entendue de façon absolue ; qu'elle «trouve obligatoirement une limitation dans les impératifs de défense des intérêts de l'Etat sur le territoire duquel la société effectue des opérations, intérêts dictés par le souci de protéger à la fois son économie et les nationaux qui font partie de la société ou qui traitent avec elle» (1). On comprend mal dans ce cas, pourquoi, par exemple, la législation relative à la création d'un comité d'entreprise ou d'établissement s'impose même à une société étrangère. Alors qu'il en est autrement en ce qui concerne des règles telles que celles relatives aux droits et aux obligations des associés (2). aux pouvoirs des organes sociaux (3) ou à la dissolution de la société (4) En quoi la première institution - surtout quand on sait le sort dérisoire qui lui est réservé par les entreprises (5) - est plus protectrice des intérêts d'une nation que le droit des sociétés. Un seul exemple suffira à illustrer l'absence de fondement de la thèse consistant à exclure cette dernière branche du droit de la catégorie des lois de police : supposons qu'une personne morale se constitue sous l'empire d'une loi ayant adopté le système du mandat en matière de pouvoirs des organes, c'est-à-dire que l'administrateur mandataire n'engage la société mandante que dans les strictes limites tracées par le mandat ; mais que cette société, sans déplacer son siège social, s'établit dans un pays en voie de développement dont la législation a institué le système dit du «pouvoir légal», c'est-à-dire que l'administrateur représentant la société se voit conférer des pouvoirs illimités à l'égard des tiers, qu'aucune mention au régistre du commerce n'est susceptible de restreindre. Ignorant cette différence ainsi que les limites imparties au mandataire, des entreprises publiques du pays d'établissement concluent avec lui des marchés considérables. Si une difficulté survenait dans la réalisation de ces contrats, les sociétés nationales n'auraient aucun moyen d'en obtenir l'exécution forcée. Ceci en raison du fait que la loi applicable en l'espèce est étrangère et que son contenu est différent.

D'une façon générale, sur quel critère se base-t-on pour reconnaître l'application territoriale à tout le droit du travail et refuser une telle aptitude au droit des sociétés ? Serait-ce parce que le premier participe effectivement, à l'inverse du second, à l'organisation économique et sociale de l'Etat ? Il serait peu

---

(1) - *Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 369.*
(2) - *Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit. p. 430 et s.*
(3) *Ibid, p. 438 et s.*
(4) *Ibid, p. 453 et s.*
(5) - *Pour les références, v. GH. CAMERLYNCK ET G. LYON-CAEN, droit du travail, précis Dall. 4ème éd., p. 345 et s.*

sérieux de le soutenir. Cette différence en ce qui concerne la nature des règles est superficielle. Elle ne paraît trouver une justification que dans un cadre purement historique : la période de naissance du droit des sociétés est en effet séparée de celle de la législation du travail par une transformation quasi-radicale du rôle des pouvoirs publics ; autrement dit, cette dernière branche du droit, contrairement à la précédente, ne doit son rattachement à la catégorie des lois de police qu'à la nouvelle philosophie interventionniste de l'Etat, qu'elle a été seule à traduire pendant longtemps. Mais cette distinction est actuellement inacceptable. Dans l'organisation économique et sociale d'un pays, et a fortiori s'il s'agit d'un pays en voie de développement, les lois qui régissent les personnes morales privées sont certainement aussi essentielles que celles qui gouvernent les rapports de travail. Reflétant les mêmes préoccupations vitales de l'Etat, elles méritent à ce titre, les unes et les autres, de bénéficier du caractère d'unilatéralité.

Enfin, le rattachement du droit des sociétés à la catégorie des lois de police se justifie d'autant plus que la plupart des dispositions qu'il édicte sont impératives. Ce qui constitue une raison supplémentaire de ne point permettre à une entreprise de les éluder en localisant son siège social en dehors du pays d'accueil.

Et loin d'être fondée uniquement en théorie, cette opinion est amplement confirmée par les données de notre législation.

SOUS-SECTION II
LE TERRITORIALISME ET LES DONNEES LEGISLATIVES

L'effacement de la règle de conflit en matière de détermination de la loi applicable à une société et l'émergence corrélative du principe de la territorialité ne sont pas déduits uniquement de considérations techniques. Des bases solides plaidant en faveur de cette tendance sont également fournies par la législation : soit lorsqu'elle oblige la société étrangère qui veut exercer une activité pétrolière à constituer au préalable une filiale de droit algérien (§ 1) ; soit lorsqu'elle subordonne son établissement dans le cadre du Code des Investissements ou du droit commun à une autorisation administrative (§ 2) ; soit, enfin, lorsqu'elle énonce par le biais de l'avant projet du code civil le principe de la territorialité (§ 3).

§ 1/ - L'OBLIGATION DE CONSTITUER UNE FILIALE DE DROIT ALGERIEN IMPOSEE PAR LE DROIT PETROLIER A LA SOCIETE ETRANGERE -

Avant d'être admise à entreprendre une activité dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides, et en dehors des autres conditions auxquelles elle doit se soumettre (1), toute personne morale étran-

---

(1) - *cf. Infra, p. 125 et s.*

gère «est tenue de constitue une société commerciale de droit algérien ayant son siège en Algérie» (1)

La compétence de notre système juridique à régir tous les rapports de la filiale ainsi créée ne peut, comme on le voit, souffrir aucune contestation. Seule pourrait, éventuellement, se poser la question de savoir quel est le principe qui la fonde, compte tenu de la rédaction ambigüe de ce texte. Des raisons suffisantes nous ont cependant permis d'écarter toute influence du critère du lieu de constitution (2) et de celui du siège social (3) Mise à l'écart d'autant plus justifiée que l'article 2 de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 ne peut raisonnablement utiliser à la fois l'un et l'autre système.

En réalité, loin de se référer à l'une de ces solutions, l'unique principe qu'énonce cette disposition consiste, au contraire, à interdire tout recours préalable à une règle de conflit en vue de déterminer la loi applicable à une société pétrolière. Car, soumettre la compagnie étrangère à une obligation de créer une personne morale de droit local, revient indirectement à méconnaître à la loi étrangère toute prétention à intervenir en l'espèce.

Mais l'instauration de cette règle de l'application immédiate du droit des sociétés en matière d'hydrocarbures ne constitue pas une innovation introduite par l'ordonnance précitée. Bien qu'il ait été complètement passé sous silence par la doctrine, sans doute parce qu'il représentait un obstacle non négligeable à la théorie du siège social (4) le code pétrolier saharien (5) disposait en effet que : «la société doit être constituée sous le régime de la loi française, et avoir son siège social sur le territoire de la République Française» (6). Et c'est uniquement pour empêcher l'«algérianisation» de ces dispositions, qui n'aurait pas manqué d'avoir lieu par suite de la reconduction de ce code, que le législateur français les avait abrogées à la veille de l'accession de notre pays à l'indépendance (7)

L'article 2 de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 ne fait donc que réintroduire un principe déjà ancien. Principe de la territorialité que toutes les conventions d'établissement conclues entre l'Algérie et diverses compagnies étrangères (8) respectent désormais scrupuleusement ; puisque c'est ainsi que les groupes CFP (9), ERAP (10) et GETTY (11) ont constitué des filiales sur

---

(1) - Art. 2, Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 définissant le cadre dans lequel s'exerce l'activité des sociétés étrangères dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366. Pour une vue d'ensemble en ce qui concerne l'établissement dans ce secteur, V. Infra, p. 125 et s.).

(2) - cf. Supra, p. 31 et s.

(3) - cf. Supra, p. 37 et s.

(4) - V. Supra, p. 38 et s.

(5) - Sur le code pétrolier saharien, v. Infra, p. 125 et s.

(6) - V. Ch. II de la convention-type du 16 Septembre 1961 (V. Infra, p. 125 et s.).

(7) - Sur les amputations dont a été l'objet le code pétrolier saharien, V. M. SALAHEDINE, les visées pétrolières françaises en Algérie à travers l'évolution des institutions et des textes, El Moudjahid, 23 et 24 Février 1971 ; PGA n.- 48 du 16 Mars 1971, p. 22.

(8) - V. Infra, p.148 et s.).

(9) - La CFP a constitué la société «TOTAL-ALGERIE».

(10) - Le règlement général conclu entre l'Algérie et le groupe ERAP (cf. Infra, p. 148 et s)

notre territoire.

Cette exigence du droit pétrolier ne constitue pas le seul support favorable au territorialisme du droit des sociétés. Le code des investissements et le droit commun aboutissent au même résultat, tout en empruntant un autre procédé technique.

§ 2/ - L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE IMPOSEE PAR LE CODE DES INVESTISSEMENTS ET PAR LE DROIT COMMUN -

Le choix d'une voie socialiste de développement a tout naturellement conduit l'Etat à intervenir de façon radicale en décrétant la nationalisation pure et simple d'un certain nombre de sociétés dont l'activité lui apparaissait vitale (1).

Mais sous la pression des circonstances économiques, l'action de la puissance publique a revêtu, dans la plupart des cas, une forme moins absolue : tout en lui réservant un important champ d'activité (2), l'Etat se contente simplement d'exercer un contrôle sur l'entreprise étrangère ; l'un des aspects de ce contrôle étatique se manifeste par l'exigence, aussi bien par le code des investissements que par le droit commun, d'une autorisation administrative préalable à l'établissement d'une personne morale étrangère sur note territoire (A) ; cette intervention semble exercer une incontestable influence sur la détermination de la législation applicable à une société (B).

A) - L'agrément, préalable à l'établissement -

Le premier texte qui soumet la constitution d'une société à une autorisation administrative est l'article 4 de l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements (3). Il dispose que les personnes physiques ou morales, tant algériennes qu'étrangères, peuvent, moyennant un agrément préalable, créer ou développer des entreprises industrielles ou touristiques en bénéficiant de tout ou partie des garanties et avantages prévus.

Consenti selon certaines formes, et dans la mesure où les conditions édictées se trouvent réunies, cet agrément administratif exigé ne semble, à première vue, étroitement lié qu'avec l'attribution à l'entreprise demanderesse d'un régime privilégié plus ou moins étendu. Ce qui voudrait dire, a contrario, qu'une société qui n'aurait nullement l'intention de solliciter le bénéfice du régime particulier instauré par le code des investissements, pourrait se passer du

---

dispose dans son préambule «que, conformément aux dispositions de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 a été constituée la société «Elf-Algérie, société anonyme algérienne au capital de 1:000.000 dinars algériens, ayant son siège à Alger...».

(11) - *V. article 7 de l'avenant du 27 Mai 1972 au protocole conclu entre l'Algérie et la Compagnie américaine Getty le 19 Octobre 1968 (cf. Infra, p. 148 et s).*

(1) - V. Infra, p. 175 et s.

(2) - V. Infra, p. 175 et s.

(3) - Pour une analyse détaillée du code des investissements, v. Infra, p. 175 et s.

consentement de l'administration. Une telle interprétation serait inacceptable. Car la portée de l'agrément est beaucoup plus large. Elle constitue certes un préalable à la reconnaissance de certaines garanties et de certains avantages - notamment fiscaux -, mais c'est surtout la création d'une entreprise dans la sphère régie par la loi sur les investissements qui s'y trouve soumise.

Cette affirmation se justifie d'abord de façon générale par la volonté de l'Algérie d'exercer un contrôle particulier sur l'activité des sociétés étrangères.

Elle se justifie ensuite par le fait que l'initiative dans les «secteurs vitaux» est en principe du ressort exclusif de l'Etat. Or, en l'absence d'une définition légale ou, au moins, d'une énumération de ces secteurs stratégiques (1), les sociétés sont donc mises dans l'obligation de demander un agrément à l'administration ; ne serait-ce que pour acquérir la certitude que l'objet de leur exploitation n'entre pas dans le périmètre interdit.

En ce qui concerne le droit commun, l'article 40 de l'Ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 portant loi de finances (2) énonce que «toute constitution d'entreprise à caractère industriel ou commercial dont tout ou partie de la propriété revient à une ou plusieurs personnes physiques ou morales étrangères, est subordonnée à une autorisation préalable de la commission nationale des investissements. Il en est de même de toutes modifications du capital, toutes cessions de parts ou d'actions...» (3).

Même si c'est la commission nationale des investissements qui doit être saisie en vue de l'agrément, le domaine d'application de cette loi se distingue de celui de la précédente : contrairement à l'ordonnance du 15 Septembre 1966 dont l'objet est de conférer le bénéfice d'un statut préférentiel aux entreprises agréées conformément à ses dispositions, l'article 40 doit être considéré comme traduisant le droit commun en matière d'établissement (4) ; la seconde divergence est relative aux personnes astreintes à la formalité de l'agrément : dans le souci de limiter l'accès des non-ressortissants à la profession commerciale, l'ordonnance du 31 Décembre 1969 fait une discrimination en n'imposant l'autorisation préalablement à une création d'entreprise, que lorsque celle-ci est, soit entièrement, soit en partie, sous contrôle étranger.

B) - L'influence de l'agrément sur la désignation de la loi applicable à une société -

Qu'elle soit instituée par le code des investissements ou par le droit commun, ce qui est important à souligner ,c'est surtout l'incidence qu'exerce cette permission administrative sur l'allégeance juridique d'une personne morale. Selon M. LOUSSOUARN (5), cette influence est déterminante. Il considère, avec

---

(1) - V. Infra, p. 179 et s.

(2) - J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.

(3) - On peut se demander si cette disposition - qui constitue ainsi un exemple typique de ce que l'on appelle un «cavalier budgétaire» - trouve sa place dans une loi de finances, alors qu'il eût été plus logique de l'insérer dans le code de commerce ou des investissements.

(4) - Pour la confortation de cette thèse, v. Infra, p. 192 et s.

(5) - Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit., p. 9.

juste raison, que «l'exigence d'une autorisation gouvernementale préalable à la création de la société tend à attribuer à la société une loi impérative : celle du pays donneur d'autorisation». Mais si après avoir énoncé ce principe cet auteur estime nécessaire d'en limiter la portée, c'est uniquement parce que l'article 82 de la loi des finances françaises du 23 Décembre 1946 (1), qui lui servait de base - et qui n'est pas sans rappeler partiellement l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 -, l'y oblige. En effet, dès lors que cette disposition n'assujettissait à autorisation que les sociétés françaises, l'auteur s'était vu astreint à en déduire que «le caractère français de la société et par conséquent la détermination de la loi à laquelle elle doit être soumise est donc indépendante de l'autorisation. C'est seulement lorsque cette question aura été résolue dans un sens affirmatif que l'autorisation pourra être exigée» (2).

En la replaçant dans le cadre de notre propre système législatif, cette affirmation est loin de constituer un obstacle. Elle va au contraire nous permettre de démontrer que le principe selon lequel l'exigence d'une autorisation administrative influe sur l'octroi d'une loi à une société acquiert sa pleine signification. Puisque, au lieu de soumettre à une telle formalité les sociétés algériennes, l'article 40 l'impose exclusivement aux personnes morales étrangères, cela implique, a contrario, que l'agrément exerce bien une influence sur leur allégeance juridique ; et que, par là même, ce dernier problème doit être nettement dissocié de la nationalité d'une société, c'est-à-dire de son allégeance politique (3).

Cette autorisation administrative justifie d'autant plus le territorialisme du droit des sociétés qu'un autre argument vient étayer davantage ce raisonnement. En effet, l'Etat ne limite pas son intervention au stade de la constitution de la personne morale ; il a également besoin d'exercer une surveillance sur son fonctionement. C'est pourquoi l'article 40, in fine, confirmé par l'article 2 du décret n.- 72.32 du 1er Janvier 1972 (4), fait obligation à la société étrangère de solliciter le consentement de la puissance publique avant de modifier son capital ou de céder ses parts ou ses actions. Or, la mise en œuvre d'un tel contrôle suppose la soumission de cette société à l'empire de la législation locale. Autrement, on ne verrait pas en quoi une augmentation ou une réduction de capital, ou encore une transmission de titres, d'une société non assujettie à la compétence territoriale de notre système juridique serait susceptible d'intéresser l'Etat Algérien et l'autoriserait à s'immiscer d'une quelconque façon dans la vie de cette personne morale.

Ce qui est certain, c'est que, bien que possédant divers moyens de contrôler

---

(1) - Cet article 82 disposait que «toute augmentation du capital, sous quelque forme que ce soit, toute émission, exposition, mise en vente, introduction sur le marché en France d'emprunts, obligations, actions et titres des collectivités publiques et sociétés françaises d'un montant supérieur à 25 millions de francs doivent être soumises à l'autorisation préalable du Ministère des Finances».

(2) - Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 79.

(3) cf. Infra, p. 92 et s.

(4) - J.O.R.A. du 8 Janvier 1972, p. 117. Sur tous les problèmes naissant à propos de la transmission d'actions ou de parts sociales d'une société étrangère, v. Infra. p. 234 et s.

l'activité des sociétés, l'Etat n'ignore pas que «l'une des meilleures armes dont il dispose est encore d'empêcher qu'elles échappent à sa propre législation en ce qui concerne leur statut juridique» (1). Et c'est peut-être parce que le législateur ne veut plus laisser subsister le moindre doute à ce sujet qu'il projette d'affirmer expressément le principe de l'application territoriale du droit régissant ces personnes morales.

§ 3/ - L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE L'APPLICATION TERRITORIALE DU DROIT DES SOCIETES PAR L'AVANT-PROJET DU CODE CIVIL -

Même s'il n'a pas encore été adopté, il n'en demeure pas moins que l'avant projet du code civil est suffisamment révélateur de l'esprit qui anime le législateur. Son article 10, in fine, prévoit en effet que «les personnes morales étrangères, sociétés, associations, fondations ou autres qui exercent une activité en Algérie sont soumises à la loi algérienne».

Pour restreindre la portée de ce texte, on pourrait être tenté, à première vue, de soutenir que la règle de la territorialité ainsi énoncée n'intéresse que l'activité proprement dite de la personne morale et que son champ d'application n'inclut pas les rapports sociaux. Mais une telle tentative n'aurait aucune chance d'aboutir : puisque avant de désigner la législation apte à organiser les diverses relations d'une personne morale, l'article 10 précité est principalement consacré à la détermination de la loi applicable à une personne physique. Et en reprenant l'article 3, alinéa 1, du code civil, il dispose à ce propos que «les lois concernant l'Etat et la capacité des personnes régissent les Algériens même résidant en pays étranger» (2).

Les arguments qui ont été successivement développés nous paraissent en tout cas assez éloquents pour fonder le territorialisme. C'est dire qu'il ne nous reste plus qu'à en délimiter son contenu et sa portée.

SECTION II
LE CONTENU ET LA PORTEE DU TERRITORIALISME

§ 1/ - LE CONTENU DU TERRITORIALISME -

Une fois que l'on a admis le principe du territorialisme en matière de droit des sociétés, la nécessité de définir son contenu se fait aussitôt sentir. Et ce travail est d'autant plus indispensable que cette notion peut être une source d'équivoque, en raison, précisément, des diverses significations qu'elle est susceptible de revêtir.

On utilise d'abord le mot territorialité pour parler du «caractère territorial de

---

(1) - Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 37.

(2) - Pour une critique de cette formulation, v. Supra, p. 69 et s.

l'emprise effective de l'Etat sur les sujets. En ce sens, toutes les règles de droit d'un Etat sont territoriales, y compris les règles de solution des conflits de lois. Aucun Etat ne saurait, en effet, imposer l'observation de son droit à un autre Etat, alors qu'en revanche, tout Etat peut imposer l'observation de son droit à l'intérieur de son territoire» (1).

Cette expression peut également être employée lorsque l'on veut montrer qu'une législation unique règne sur le territoire d'un pays déterminé. Ce qui revient à dire que le législateur en question ne tient pas compte de la nationalité des personnes concernées pour fixer le champ d'application des règles qu'il édicte (2).

On recourt, enfin, à ce vocable lorsque l'on veut faire comprendre que la solution d'un conflit de lois est étroitement commandée par la localisation naturelle ou même fictive du rapport de droit ou de l'institution considéré (3).

Cette dernière définition n'est pas pour autant suffisamment précise. Car la compétence de la loi territoriale peut être invoquée soit au titre de la lex loci, soit au titre de la lex fori. C'est précisément cette ligne de démarcation qui sépare le territorialisme modéré (A) du territorialisme intransigeant (B).

A) - Le rejet du territorialisme modéré -

Tirant la leçon de l'échec des théories universalistes, M. LOUSSOUARN estime, à l'instar du comité français de droit international privé, que la solution du conflit de lois en matière de sociétés ne peut résulter que de l'adoption du principe de la territorialité des lois. Rendu nécessaire par des raisons démographiques, économiques et politiques, ce retour au territorialisme est en tout cas conforme non seulement aux intérêts nationaux, mais aussi à l'évolution du droit des sociétés et du droit international privé (4). Cet auteur refuse cependant d'adhérer à un territorialisme trop strict, lequel serait générateur d'inconvénients et s'accorderait mal avec les exigences du commerce international.

Aussi préfère-t-il soutenir un territorialisme «souple et modéré» (5). Ce système consiste à rejeter catégoriquement la lex fori en tant que principe de solution de conflits de lois et à se tourner au contraire vers l'utilisation de la lex loci ; étant entendu qu'entre la loi du lieu de localisation de l'activité de la société et celle du lieu de localisation de son domicile, la préférence est donnée à cette dernière. Ce territorialisme est également souple parce qu'il ne saurait être «érigé à la hauteur d'un dogme intangible» (6). C'est dire qu'il devrait être écarté chaque fois qu'il risquerait de constituer un obstacle aux relations commerciales internationales et d'être nuisible au bon fonctionnement de la société. La territorialité trouvera donc notamment «une limitation dans la

---

(1) - PH. FRANCESCAKIS, Encycl. Dall. dr. int. int. privé. V° Conflits de lois, n.- 135.
(2) - Ibid. n.- 130.
(3) - PH. FRANCESCAKIS, Encycl. Dall. dr. int. privé, V° conflits de lois, n.- 131.
(4) - Y. LOUSSOUARN, les conflits de lois en matière de sociétés, op. cit., p. 24.
(5) - Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 23 et s.
(6) - Ibid, p. 27.

nécessité d'assurer la permanence et l'unité du statut juridique de la société» (1).

Les insuffisances du critère du siège social - système que soutient fermement cet auteur et l'ensemble de la doctrine française - ont déjà été suffisamment soulignées (2). Il nous reste à apprécier à cette place l'affirmation selon laquelle le territorialisme serait le fondement théorique de la solution que cet auteur préconise.

Une telle justification nous paraît, en réalité, beaucoup plus verbale qu'effective. En effet, par sa prétention à vouloir concilier la territorialité avec, à la fois, le concept de société et les besoins du commerce international, cette thèse aboutit indirectement à vider le principe affirmé de toute substance ; et, par conséquent, à affranchir de tout appui théorique le choix du siège social comme critère de détermination de l'allégeance juridique d'une personne morale. La source de cette position équivoque semble résider dans l'hésitation de l'auteur à donner clairement sa préférence à l'une des deux alternatives qui s'offraient à lui.

Pour étayer sa solution, il pouvait recourir - comme il le fait d'ailleurs en apparence - au principe de la territorialité. Il se devait dès lors de tirer la conséquence logique qui découle de cette prise de position : à savoir que la loi territoriale doit avoir une compétence impérative et exclusive. Or, il refuse de mener son raisonnement jusqu'à cet aboutissement en invoquant l'incompatibilité de ce territorialisme trop strict avec les besoins du commerce international.

Il avait, d'autre part, la possibilité de s'appuyer sur le concept de société, et plus précisément sur deux conceptions que l'analyse de cette notion révèle. Considérait-il que la société reste avant tout un contrat ? Il se devait alors de faire prévaloir la loi d'autonomie (3). Se ralliait-il au contraire au caractère institutionnel de la société ? Il devait dans ce cas accepter que sa loi «personnelle» la suive partout (4). Mais ce qui est certain, c'est que, comme le reconnaît volontiers M. LOUSSOUARN (5), l'une et l'autre hypothèse plaident à l'encontre du territorialisme.

La justification théorique de cette thèse ne constitue qu'une simple apparence : l'auteur commence par proclamer son adhésion à un territorialisme de principe, mais il y déroge aussitôt après en reconnaissant une grande place au domaine extraterritorial. En effet, explique-t-il, en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à une personne morale, «les nécessités du commerce international sont venues faire échec à la territorialité du droit, à la souveraineté de l'Etat et ont conduit le législateur à reconnaître sur son territoire la permanence de la loi étrangère de la société» (6). Cette importante concession faite à l'extraterritorialité du droit des sociétés se vérifie d'ailleurs, comme nous

---

(1) - Ibid, Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 28 et s.

(2) - cf. Supra, p. 37 et s.

(3) - Pour une critique de ce critérium, v. Supra, p. 28 et s.

(4) - Pour une critique de la thèse du «statut personnel» de la personne morale, v. Supra, p. 100 et s.

(5) - Y. LOUSSOURAN, op. cit., p. 25.

(6) - Ibid, p. 205.

l'avons montré (1), dans l'analyse des différentes situations auxquelles donnent naissance la constitution, le fonctionnement et la disparition de cette personne morale. C'est ainsi, par exemple, que la fixation des droits des obligataires, celle des droits et des obligations des associés, la dissolution de la société et les problèmes relatifs à la survie de la personne morale pourront être régis par une loi étrangère à l'Etat sur le territoire duquel l'entreprise exerce une activité ! Pour parvenir à un tel résultat, il lui suffisait simplement de maintenir son «siège social» réel en dehors des frontières de ce pays.

En présence de toutes ces exceptions que reste-t-il en fait du «territorialisme modéré» ? Pas grand chose. On serait presque tenté d'écrire que c'est en vérité l'extraterritorialité qui constitue le principe directeur de ce système et que la territorialité n'y joue qu'un rôle secondaire.

La référence à un territorialisme modéré est, par ailleurs,en contradiction avec le droit positif français.

Bien qu'elle procède de façon très subtil, c'est ainsi que la nouvelle loi sur les sociétés commerciales (2) ne fait rien d'autre qu'organiser un territorialisme strict. Qu'on en juge : son article 3 dispose que «les sociétés dont le siège est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu». Le choix de ce critère en vue de la détermination de la législation applicable à une personne morale semble, a priori, s'inspirer directement de la conception classique (3) et puiser par là même son fondement du territorialisme modéré. Il ne s'agit, là encore, que d'une apparence.

Un premier argument plaide à l'encontre de l'extraterritorialité - laquelle est pourtant inhérente au système défendu par M. LOUSSOUARN - : la disposition précitée n'est pas rédigée en termes de conflits de lois. Imposant la législation française à toute entreprise dont le siège social se trouve localisé sur le territoire français, elle ne laisse en aucune façon entendre que celle dont le domicile est situé sur un autre territoire sera soumise à la loi de ce pays même si elle exerce son activité en France. On a beau dire que la jurisprudence fera en fait une interprétation bilatérale de cet article 3 (4), il n'empêche que son attitude relative à la modification de souveraineté intervenue en Algérie (5) ne nous incite pas à un tel optimisme ; tout au moins lorsque le conflit met en cause la législation d'un pays nouvellement indépendant.

Mais c'est surtout le second argument qui nous permet de soutenir que le législateur français instaure indirectement un véritable territorialisme en ce qui concerne le droit des sociétés. Ce qui veut dire que la mise en application de l'article 3 de la loi du 24 Juillet 1966 tendra certainement à la suppression dans ce domaine de tout conflit de législations. Tel est en effet le résultat auquel

---

(1) - V. Supra, p. 64 et s.
(2) - Loi n.- 66.537 du 24 juillet 1966, J.O.R.F. du 26 juillet 1966, p. 6402.
(3) - V. Supra, p. 37 et s.
(4) - V. notamment : Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 275.
(5) - V. Supra, p. 53 et s.

conduisent immanquablement les deux hypothèses qui peuvent être envisagées à partir de ce texte. Ou bien l'entreprise en question établit statutairement son siège social en France, et dans ce cas il n'y aura aucun problème puisque, contrairement à tout ce qui a été écrit à propos de l'aversion de la jurisprudence envers ce critère (1), le tiers aura la faculté de s'en prévaloir afin d'imposer la compétence de la loi française. Ou bien la société localise son domicile statutaire en dehors des frontières du territoire français, mais cette personne morale ne pouvant lui opposer une telle exception, il suffit alors au tiers d'invoquer le siège social réel. Or, par suite de la grande diversité des éléments de localisation de ce prétendu siège social réel et de la liberté dont a fait preuve la jurisprudence en la matière (2), il est prévisible que l'un au moins de ces éléments de rattachement se trouvera situé en France. Ce qui aura donc également pour résultat d'attraire ladite société sous l'empire de la législation française. Dans la mise en œuvre de l'article 3, la conjonction des intérêts des tiers, de la meilleure connaissance par le magistrat français de sa propre loi et, éventuellement, de l'influence d'un certain nationalisme législatif, va de la sorte vraisemblablement déboucher sur un territorialisme rigoureux en matière de droit des sociétés.

Cette tendance trouve déjà une illustration éclatante dans le fait que la jurisprudence de ce pays méconnaît le recours à un siège social fictif lorsque celui-ci permet à la société d'échapper à la loi française, mais s'abstient de le sanctionner dans le cas inverse (3).

Peut-on, a fortiori, demander à un pays en voie de développement dont la loi ne constitue le plus souvent que l'unique rampart contre la puissance des groupes multinationaux, d'adopter une solution différente ? Accepter de prendre en considération des justifications telles que la «stabilité» et la «permanence du statut juridique de la société» ainsi que les «besoins du commerce international» conduirait presque à condamner le droit de ce pays en voie de développement à ne jamais régir les rapports des entreprises étrangères établies sur son territoire. D'autant plus que seules les plus puissantes d'entre elles s'expatrient (4) et qu'elles se sont constituées sous l'empire de l'une des législations occidentales (5) bien avant le début de la période de décolonisation.

---

(1) - V. Supra, p. 31 et s.

(2) - V. Supra, p. 37 et s.

(3) - V. Y. LOUSSOUARN, op. cit. p. 120.

(4) - Certains auteurs (H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, op. cit., p. 233) soulignent, à juste raison, que «le droit interne des pesrsonnes morales est dominé par le souci dont la puissance des groupements menace l'autorité de l'Etat... ; ces dangers se compliquent dans les relations internationales du risque de l'influence étrangère, de l'impossibilité de contrôler la personne morale étrangère à son origine, et de ce que les personnes morales appelées à agir hors de leur pays d'origine sont souvent les plus puissantes».

(5) - Les sociétés multinationales, souligne le rapport des Nations-Unies (op. cit., p. 7), «sont généralement constituées dans des pays développés. On ne dispose guère de statistiques sur les sociétés multinationales dans beaucoup de pays en voie de développement... mais cela même provient de ce que les sociétés-mères sont fortement concentrées dans les pays développés. Huit des dix sociétés multinationales les plus importantes sont établies aux E.U. Au total, près du tiers de filiales à l'étranger ont leur société-mère aux E.U. ; si l'on y ajoute celles du Royaume-Uni, de la République Fédérale d'Allemagne et de la France, on obtient plus des trois quarts du total».

L'adhésion au territorialisme modéré - à supposer qu'aucune objection ne s'oppose à sa mise en œuvre - postule donc non seulement le maintien de l'ordre juridique établi, mais également la non ingérence du pays hôte dans la vie de la personne morale d'allégeance politique étrangère.

B) - L'adoption du territorialisme intransigeant -

Par son désir à vouloir concilier tous les intérêts en présence, la thèse du territorialisme modéré n'aboutit qu'à sacrifier tous les principes. Aussi, convient-il de réduire notre prétention à des proportions plus raisonnables en satisfaisant celui qui nous paraît être le plus fondamental, c'est-à-dire le principe de la territorialité. Or, si l'on veut redonner tout son sens à cette notion et éviter de tomber dans les mêmes travers que ceux qui ont été analysés ci-dessus, il faut nécessairement, en matière de détermination de la législation applicable à une société, adopter la conception qui consiste à admettre la compétence générale et normale de la lex fori. Il faut, en d'autres termes, poser la règle selon laquelle le problème de la compétence législative doit être tranché en fonction de la compétence juridictionnelle. Même si ce système peut paraître excessif à première vue, et en dehors de la souplesse qui caractérise en fait sa mise en œuvre (1), c'est le seul qui soit véritablement en mesure d'assurer la protection de nos intérêts nationaux - et de façon générale de ceux des pays en voie de développement -, et de s'enorgueillir de l'appui d'arguments solides.

Contrairement à ce qui a été soutenu (2), la lex fori est réellement celle qui possède une aptitude théorique à intervenir. L'illustration de cette affirmation peut-être trouvée, d'une manière négative, dans l'absence de toute justification sérieuse de l'extraterritorialité du droit des sociétés (3), dans la vigueur du fondement de la règle de la territorialité des lois, qui n'est autre que le principe supérieur et intangible de la souveraineté, et dans la soumission, soit de façon implicite, soit de façon expresse, des sociétés étrangères exerçant une activité sur notre territoire à l'empire de notre législation (4).

Fixer la compétence législative en fonction du juge saisi revient en outre à éliminer tous les problèmes de conflits de lois en matière de sociétés. Ce qui conduit à cesser désormais de faire bénéficier une personne morale d'un système élaboré à l'origine exclusivement au profit d'une personne physique.

Enfin, même si elle est empirique, une dernière considération ne doit pas pour autant être négligée : parce qu'il est familiarisé surtout avec les dispositions du droit interne, le magistrat risque beaucop moins de commettre des erreurs en mettant en œuvre sa propre loi plutôt qu'une loi qui lui est étrangère.

Nonobstant tous ces facteurs favorables, on pourrait encore opposer à la thèse proposée le principal obstacle qui a obligé la doctrine à rejeter un territorialisme trop strict. On pourrait ainsi lui reprocher d'être trop rigide et de rendre particulièrement difficile les relations commerciales internationales. Et

---

(1) - V. Infra, p. 87 et s.
(2) - V. notamment : Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 27.
(3) - V. Supra, p. 67 et s.
(4) - V. Supra, p. 76 et s.

que cette intransigeance serait d'autant plus inexplicable que l'Algérie, à l'instar de tous les pays en voie de développement, a grandement besoin de l'apport des sociétés étrangères. Mais une telle critique ne serait pas fondée. L'étude de la portée du territorialisme va en réalité révéler qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre ce système et les relations économiques mondiales.

§ 2 - LA PORTEE DU TERRITORIALISME -

Lorsqu'une société ressent le besoin d'étendre le champ de son activité en dehors des frontières de son pays d'origine, elle peut juridiquement recourir à deux techniques différentes. En fonction de l'importance des opérations qu'elle envisage de réaliser à l'étranger, elle a la faculté de s'y établir soit en créant une simple succursale, soit en constituant une filiale.

Cependant, si la succursale était encore fréquemment utilisée jusqu'à la fin de la première moitié du XXème Siècle, «l'importance moderne dans la vie économique des filiales et des réseaux complexes qu'elles permettent de créer entre les entreprises n'a plus besoin d'être soulignée. La prolifération des filiales apparaît comme l'un des aspects juridiques du phénomène de concentration des entreprises» (1).

Or, il semble que c'est justement parce qu'elle n'a pas voulu prendre conscience du développement considérable de ce dernier procédé d'établissement et de l'effacement corrélatif du premier, que la doctrine continue de soutenir, mais à tort, que l'application stricte du principe de la territorialité en matière de droit des sociétés aboutirait à un véritable «dépeçage» du statut juridique de la personne morale et constituerait, par voie de conséquence, un frein aux relations commerciales internationales.

Ces objections ont en vérité perdu de leur valeur en raison du fait que la portée réelle du territorialisme, même quand celui-ci est intransigeant, variera selon que la société étrangère exerce une activité par le biais d'une succursale (A) ou par celui d'une filiale (B).

Il faut ajouter à cela que le juge algérien devra en principe, contrairement à ce que fait son homologue français, se déclarer incompétent chaque fois qu'il s'agira de déterminer la législation applicable à une société ne présentant aucune attache avec notre territoire.

A) - La portée du territorialisme et la succursale étrangère -

Bien que la doctrine soit hésitante en ce qui concerne la définition de la succursale, il suffit de savoir qu'elle ne constitue, quels que soient son importance, son éloignement et les pouvoirs conférés au gérant, qu'une simple dépendance de la société-mère, qu'elle n'est douée d'aucune autonomie juridique et ne possède pas une personnalité morale (2).

---

(1) - J.M. VERDIER, Juriscl. Dr. Comm. V° Filiales et Participations.

(2) - J.M. VERDIER, Juriscl. Dr. Comm. V° Filiales et Participations ; V. également : D. DE RICCI ET J. TUOT, filiales et succursales dans le marché commun, op. cit. p. 89,

S'agissant plus particulièrement du problème qui nous préoccupe, c'est-à-dire, celui relatif à la désignation de la législation applicable à une succursale étrangère, il faut préciser que le retour au territorialisme intransigeant implique la compétence générale de notre droit à la régir dès lors qu'elle exerce une activité permanente sur notre territoire. Partant de cette prise de position, certains pourraient hâtivement en déduire que la société-mère serait, par conséquent, soumise au moins à deux législations différentes : celle du lieu de localisation de son siège social - si nous raisonnons dans le cadre de la conception classique -, et celle du lieu de localisation de la succursale. Ce qui aurait pour résultat de confirmer les critiques qui ont été faites au territorialisme non modéré.

Une telle déduction aurait du mal à s'imposer. Car l'aptitude générale de notre droit des sociétés à s'immiscer dans les rapports de la personne morale étrangère n'est en réalité que théorique. En fait, la portée du principe de la territorialité se restreindra nécessairement au niveau de l'exercice des droits. En effet, à partir du moment où l'on décide de recourir au système de la loi du for, cela suppose que la détermination de la compétence législative se trouve étroitement liée à celle de la compétence juridictionnelle. Or le juge n'est lui-même susceptible d'être saisi que pour avoir à trancher deux catégories de litiges : certains auront trait à l'activité de la succursale, d'autres toucheront aux rapports sociaux.

S'agit-il d'un conflit à propos de l'activité proprement dite de la succursale ? La juridiction locale aura alors toutes les chances d'être effectivement saisie soit pour interpréter, par exemple, un contrat de travail, soit pour trancher un litige d'ordre fiscal. Le principe de la territorialité aura dans cette hypothèse son plein effet. Et on ne voit vraiment pas en quoi une telle solution, qui est du reste admise par toute la doctrine, serait nuisible au bon fonctionnement de la société et porterait atteinte à l'unité de son statut juridique.

S'agit-il d'une difficulté soulevée à propos de la vie même de la société ou du fonctionnement de l'un de ses organes ? De tels litiges touchant à l'existence de la personnalité morale, aux pouvoirs et à la responsabilité des organes sociaux, aux droits des obligataires et aux droits et aux obligations des associés, ont, par définition, peu de chance de se poser au lieu d'établissement d'une simple succursale étrangère ; surtout lorsque cet établissement s'effectue sur le territoire d'un pays en voie de développement. Ce qui revient à dire que la juridiction locale, même lorsque sa compétence est susceptible d'être théoriquement reconnue en raison de la localisation de la succursale, n'aura presque jamais l'occasion de se voir soumettre ce genre de conflits. Trois facteurs au moins plaident en faveur du renforcement de cette tendance.

Le premier élément résulte de ce que l'immense majorité de ceux que le fonctionnement de la société intéresse directement, c'est-à-dire essentiellement ses actionnaires et ses obligataires, et qui pourraient éventuellement avoir besoin d'agir en justice, se trouvent en dehors des frontières du pays en voie de

---

A. BUZIN, de l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale, J.C.P. 1964-I-567.

développement ; puisque ce dernier est par hypothèse importateur de capitaux.

Le deuxième indice est d'ordre psychologique : sauf quand ils ne peuvent pas faire autrement, les étrangers évitent de saisir les tribunaux des Etats nouvellement indépendants parce qu'ils observent une certaine méfiance à leur égard.

Enfin, à supposer même qu'un plaideur hypothétique veuille bien recourir à l'office de la juridiction du lieu d'établissement de la succursale, et ce relativement à une difficulté touchant au fonctionnement de la société, la procédure d'exequatur, qu'il devra nécessairement introduire dans une seconde étape, serait encore là pour l'en dissuader. En effet, pour avoir le maximum de chance de voir la décision rendue en sa faveur faire l'objet d'une exécution, le demandeur en question, au lieu d'engager son action devant le tribunal du lieu de situation de cet établissement secondaire, aura tout intérêt à saisir directement la juridiction du pays d'origine de la société.

Toutes ces considérations réunies nous autorisent à considérer que le magistrat du pays d'établissement d'une simple succursale étrangère n'aura pratiquement jamais la possibilité d'intervenir pour résoudre les conflits se rapportant au fonctionnement de la société. Corrélativement, le territorialisme strict ne jouera donc pas en fait dans les seules situations où il aurait pu à la rigueur constituer une source de rupture de l'unité de l'allégeance juridique de la personne morale.

En plus, il convient de remarquer que l'évolution actuelle des relations économiques internationales n'est nullement favorable à l'utilisation de la succursale comme moyen d'établissement de la société d'allégeance politique d'un pays développé sur le territoire d'un pays en voie de développement ; ne serait-ce qu'en raison de l'importance souvent dérisoire des capitaux qu'elle apporte, de la nature essentiellement commerciale de son activité, et par là même de son exclusion des régimes spéciaux d'établissement institués par le droit pétrolier et par le code des investissements (1). En outre, «sur le plan juridique, l'expansion des entreprises dans des pays étrangers et le souci correspondant d'y accroître les débouchés sans se heurter aux législations protectionnistes et au nationalisme de la clientèle conduisent de nombreuses sociétés à y créer des filiales» (2).

B) - La portée du territorialisme et la filiale étrangère -

Instrument privilégié de réalisation des investissements étrangers dans les pays en voie de développement (3), la filiale est une notion dont les contours

(1) - V. Infra, p. 125 et s.
(2) - J.M. VERDIER, op. cit.
(3) - V. L. DURAND-REVILLE, op. cit. p. 199 ; PH. KAHN, Investissement et développement économique des pays du Tiers-Monde, op. cit. pp. 398 et 399 ; F. LUCHAIRE, in Personne morale et ses limites, op. cit., pp. 170 et 171 ; M. DAHAN, op. cit., p. 6 ; selon le rapport des Nations-Unies (op. cit., p. 8) : «l'expansion spectaculaire des sociétés multinationales durant l'après-guerre s'est accompagnée d'une croissance sans précédent du nombre de filiales... de 1950 à 1966 le nombre de filiales américaines a triplé, passant de 7.000 à

sont difficiles à cerner. D'autant plus que la jurisprudence n'a pas encore eu, à notre connaissance, l'occasion d'aborder cette question et que la législation, qui aurait pu être d'un grand secours, ne fait pas appel à une mais à plusieurs difinitions de la filiale, selon qu'elle ressent le besoin de fixer tel ou tel aspect bien déterminé de son régime. La doctrine, fort heureusement, a su combler ce vide de façon satisfaisante en dégageant les deux traits essentiels qui caractérisent ce concept. Si l'on se place sur un plan économique, la filiale, malgré une apparence trompeuse, se trouve dans un état d'étroite sujetion par rapport à la société-mère. En revanche, si l'on se place sur un plan purement juridique, elle constitue une entité totalement distincte, puisqu'elle est elle-même, à l'instar de la société qui la domine, dotée de la personnalité morale (1).

Au-delà du secours précieux de ces principes directeurs, le travail de qualification de la filiale se trouve considérablement facilité en Algérie. Le cadre juridique dans lequel s'est établie la société étrangère est suffisamment révélateur de la nature du procédé technique employé. Son activité s'exerce-t-elle dans le cadre du droit pétrolier ou dans celui du code des investissements ? L'établissement ne peut alors avoir été réalisé que par l'intermédiaire d'une filiale ; étant donné que sa constitution est imposée soit expressément, soit implicitement, par l'ordonnance du 12 Avril 1971 (2) et par celle du 15 Septembre 1966 (3). C'est dire qu'une présomption absolue d'existence d'une personne morale autonome peut être déuite en ce qui concerne ces deux secteurs - les plus importants - de l'économie. L'activité de l'entreprise étrangère s'exerce-t-elle, au contraire, dans le cadre du droit commun ? Une distinction doit être faite dans cette hypothèse, selon que l'autorisation préalable à la création d'une entreprise étrangère instituée par l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 (4) a été ou non obtenue. Lorsque la réponse est affirmative, on retombe dans une situation similaire aux deux précédentes. Car l'agrément administratif ainsi organisé suppose - au moins de façon implicite - la création d'un être moral sur notre territoire. C'est uniquement lorsque la réponse est négative qu'une difficulté - de portée limitée, il est vrai - est susceptible de surgir à propos de la définition de la filiale.

Ce qui est surtout important à souligner, c'est que cette autonomie juridique de la filiale - qui la distingue profondément de la succursale - va justement lui permettre de s'adapter harmonieusement avec le principe de la territorialité du droit des sociétés. Lorsque la personne morale étrangère emprunte ce mode d'établissement, l'application radicale du territorialisme ne se heurte à aucune entrave. La soumission de cette entreprise à la législation algérienne devient alors effective soit qu'il s'agisse de régler un conflit relatif à l'activité proprement dite de cette filiale, soit qu'il s'agisse de trouver une solution à un

---

23.000. Dans les industries de transformation, le nombre de filiales des 187 entreprises américaines les plus importantes a été multiplié par près de 3,5 pendant la même période».

(1) - V. J.M. VERDIER, op. cit., Y. LOUSSOUARN, la condition de la personne morale en droit privé international, Rec. Cours Acad. de la Haye, 1959 p. 547 ; R. RICARD, définition des filiales, mélanges CAPITANT p. 621 et s.

(2) - V. Supra, p. 76 et s.

(3) - V. Supra, p. 78 et s.

(4) - V. Supra, p. 78 et s.

problème touchant directement à son fonctionnement.

Et, plus particulièrement à propos de ce procédé d'établissement - qui tend à devenir la règle - on peut se demander en quoi cet assujettissement impératif à la législation du pays d'accueil serait susceptible de constituer un obstacle aux relations commerciales internationales ou de nuire à l'unité du statut juridique de la société étrangère ? Nul ne pourrait sérieusement le prétendre. Surtout quand on sait que la doctrine unanime, corroborée d'ailleurs par la pratique juridiaire de certains pays occidentaux, admet volontiers que l'indépendance de la filiale l'autorise à relever d'une allégeance juridique différente de celle à laquelle est soumise la société-mère. Autrement dit, une personne morale dominante peut, par exemple, être assujettie au droit d'un Etat américain, pendant que les filiales, qu'elle a essaimées un peu partout dans le monde, se voient respectivement régir par la loi française, la loi anglaise, la loi allemande... L'application immédiate du droit local, au lieu de recourir préalablement à une règle de conflit pour désigner la loi applicable, n'aura aucune incidence sur la permanence des statuts des sociétés. Bien qu'imbriquées économiquement, les sociétés membres d'un même groupe mènent donc - tant qu'une personnalité morale n'est pas reconnue à ce dernier (1) -, des vies juridiques parallèles et autonomes. C'est dire que le territorialisme proposé n'aura à intégrer dans son domaine d'application que les rapports de la filiale qui exerce une activité à l'intérieur des frontières du pays. Il ne se répercutera nullement, en principe, ni sur la société-mère, ni sur les autres filiales du groupe.

CONCLUSION/ -

Le territorialisme intransigeant, dont la mise en œuvre ne pose vraiment aucune difficulté sérieuse, apparaît ainsi comme étant le système le plus fondé sur le plan théorique.

Il est également celui d'où résulte la meilleure protection des intérêts des pays en voie de développement. Car une société étrangère ne pourra plus désormais exciper d'un prétendu défaut de localisation de son siège social pour échapper à l'empire de leur législation.

Mettant fin à l'assimilation abusive de la personne morale à la personne physique, il offre le grand avantage, enfin, de supprimer tout conflit de lois en matière de droit des sociétés. Avantage d'autant plus appréciable à un moment où il est devenu sinon impossible du moins très difficile de situer le centre de décision de l'entreprise - qui est censé constituer l'élément de rattachement de son domicile - agissant au sein d'un groupe.

Mais, ce qu'il faut bien noter, c'est que même si elle est impérativement soumise à la législation du pays d'établissement, la société ne perdra pas pour autant son identité étrangère, qu'elle pourra particulièrement invoquer en ce qui concerne la jouissance des droits.

(1) - Sur ce point, v. notamment : VANHEAK, les groupes de sociétés, op. cit.

TITRE II-

LA CONDITION DE LA SOCIETE ETRANGERE SUPPOSE LA RECHERCHE DE SA NATIONALITE

En débouchant sur la suppression de tout conflit de lois en matière de sociétés, nos précédents développements ont eu pour résultat de montrer que le problème relatif à la détermination du droit applicable à une personne morale devait désormais - contrairement à ce qui se passe quand il s'agit d'un individu - être complètement dissocié du problème relatif à la recherche de sa nationalité.

En revanche, dès qu'il s'agit de résoudre une difficulté touchant non pas à l'exercice mais à la jouissance des droits, c'est exactement une proposition inverse qui doit prévaloir. La question concernant le bénéfice éventuel du traitement international étant mise à part, c'est exclusivement dans le domaine de la condition des étrangers que la découverte de la nationalité de la société, c'est-à-dire, selon la terminologie de NIBOYET, de son allégeance politique, constitue un préalable, et revêt par là-même un caractère indispensable.

Une entreprise peut de la sorte relever de l'allégeance juridique du pays d'accueil, tout en sauvegardant son allégeance politique étrangère d'origine. Les sociétés étrangères qui s'établissent dans les pays en voie de développement paraissent d'ailleurs attacher une importance non négligeable à ce dernier facteur. Il est vrai que loin d'être exercée en matière de jouissance des droits, cette revendication vise plutôt à profiter, le cas échéant, d'un traitement international.

Il convient de signaler à ce propos, bien que cette question soit exclue des limites imparties à cette étude, que la Cour internationale de Justice a tranché la question de savoir quel est le critère susceptible de désigner l'Etat ayant qualité pour agir auprès d'elle.

Dans l'arrêt «Barcelona Traction» en date du 5 Février 1970 (1), elle a rejeté la demande du Gouvernement belge tendant à sauvegarder des intérêts d'actionnaires ressortissants de ce pays en énonçant «que la règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège» (2). Et mettant en œuvre ce principe, elle en déduit qu'en l'espèce la

---

(1) - V. Cour Internationale de Justice. Recueils des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1970 ; V. également en ce qui concerne la même affaire, mais sur les exceptions préliminaires, l'arrêt du 24 Juillet 1964, ibid, 1964.

(2) - V. Cour Internationale de Justice. Recueil, 1970, p. 42.

Barcelona était bien une entreprise canadienne, car «il n'est pas contesté que la société s'est constituée au Canada et que son siège statutaire s'y trouve. La constitution de la société, conformément au droit canadien, a résulté d'un libre choix. Non seulement la société a été formée, comme le voulait ses fondateurs, en vertu du droit canadien, mais encore elle est restée régie par le droit canadien pendant plus de cinquante ans» (1).

La Cour internationale de justice, comme on le voit, entend par nationalité de la société «le lien établi avec un Etat, principalement, voire exclusivement, sur la base du critère de l'incorporation» (2) En s'appuyant ainsi sur le système de l'autonomie de la volonté des fondateurs - qui a déjà fait l'objet d'une critique (3) - cette jurisprudence aboutit à inciter indirectement les sociétés étrangères qui investissent dans les pays en voie de développement à se placer en dehors de l'empire de la législation de ces Etats, puisque c'est seulement de la réalisation de cette condition que dépend l'exercice de la protection diplomatique. Ce qui, naturellement, n'est pas fait pour atténuer la méfiance qu'éprouvent en général les pays du Tiers Monde à l'égard de cette institution (4). On peut cependant se demander dans quelle mesure l'obligation qui est de plus en plus faite aux investisseurs étrangers de constituer des filiales de droit local et de situer leur siège social sur le territoire (5) ne parvient pas à vider de son contenu cette jurisprudence de la Cour internationale de Justice ? Heureusement que le règlement de ce problème du traitement international trouve le plus souvent sa place dans le cadre d'accords bilatéraux et que pratiquement les Etats exportateurs de capitaux tendent eux-mêmes à n'assurer la protection diplomatique d'une société que lorsque leurs nationaux y détiennent une certaine proportion de son capital (6).

C'est justement ce critère du contrôle qu'il convient également d'adopter sur le terrain de la jouissance des droits (Ch. II). Il nous faut auparavant rejeter le système du siège social (Ch. I), car en plus des objections qu'il suscite en matière de détermination de l'allégeance juridique (7), il n'est pas susceptible de faire apparaître la véritable nationalité d'une personne morale.

Mais le recours fait par certains pays nouvellement indépendants au critère

---

(1) - Ibid. Cour Internationale de Justice. Recueil, 1970, p. 42.

(2) - PH. FRANCESCAKIS, lueur sur le droit international des sociétés de capitaux ; l'arrêt «Barcelona» de la cour internationale de justice, Rev. Crit. dr. int. priv. 1970 - 661.

(3) - V. Supra, p. 28 et s.

(4) - V. notamment l'opinion séparée du juge AMMOUN, Cour Internationale de Justice, Recueil, 1970, p. 289 et s ; pour une position plus nuancée, V. R. PINTO, chronique de jurisprudence de la cour internationale de justice, Journ. dr. int. priv. 1970 - 976.

(5) - V. Supra, p. 76 et s.

(6) - V. KISS, la protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale, in la personnalité morale et ses limites, op. cit. p 179 et s ; S. BASTIDE ET F. LUCHAIRE, la condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers, in la personnalité morale et ses limites, op. cit. p. 163 et s ; DE HOCHEPIED, la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, Paris, 1965.

(7) - V. Supra, p. 37 et s.

du contrôle n'est nullement justifié, comme on l'a prétendu (1), par leur volonté d'appliquer à ces sociétés des mesures discriminatoires. Pour apporter un démenti à cette opinion, il suffit de signaler que notre législateur prévoit que «l'égalité devant la loi, notamment dans ses dispositions fiscales, est reconnue aux entreprises étrangères ou sous contrôle étranger (2)» ; il va même jusqu'à conférer à ces personnes morales des avantages discriminatoires par rapport aux sociétés locales (3) C'est ainsi qu'il leur permet, de façon exclusive, de transférer à l'étranger une partie des bénéfices réalisés et le produit de leur éventuelle liquidation (4). Même si ce régime préférentiel n'est consenti qu'aux groupements qui agissent dans le cadre du droit pétrolier ou du code des investissements, ceci n'en constitue pas moins un atout non négligeable dans la concurrence commerciale. Car un manque de devises peut conduire une entreprise algérienne, dans la situation qui prévaut actuellement - c'est-à-dire à un moment où tous les biens d'équipement sont importés - à réduire ses moyens d'action.

---

(1) - Certains auteurs (Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés dans les législations de développement, Annales Africaines, 1962, n.- 1 p. 222 ; F. LUCHAIRE, la nationalité des sociétés et le droit international du développement, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, op. cit. p. 245) soutiennent que le critère du contrôle est systématiquement utilisé par les pays en voie de développement (et M.F. LUCHAIRE, cite l'Algérie comme exemple) pour établir une discrimination au détriment des sociétés étrangères. Pour une opinion plus nuancée, V. PH. KAHN, rapport général, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, op. cit. p. 399.

(2) - Art 10, Code des investissements, op. cit.

(3) - Ce comportement semble commun à la plupart des pays africains : V. PH. KAHN, les problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, journ. dr. int. priv. 1965 - 338.

(4) - V. Infra, p. 225 et s.

CHAPITRE I-

LE REJET DU CRITERE DU SIEGE SOCIAL

Non contents d'apporter leur ferme soutien au critère du siège social en vue de déterminer la législation applicable à une société (1), de nombreux auteurs pensent que ce système doit également prévaloir, en principe, sur le terrain de la jouissance des droits (2). Avant d'apprécier cette solution que certains conseillent aux pays nouvellement indépendants d'adopter (Section II), il convient de l'exposer rapidement (Section I).

SECTION I
L'EXPOSE DE LA THESE DU SIEGE SOCIAL

Les pays en voie de développement qui n'utilisent pas encore le critère du siège social sur le terrain de la jouissance des droits, à l'instar, semble-t-il, de la plupart des Etats Africains (3), auraient tout intérêt à le faire. Toute attitude inverse ne serait «pas de nature à créer un climat favorable à l'investissement des capitaux étrangers, car, au nombre des garanties que réclament les investisseurs, il faut tenir compte de celles relatives à la condition même de la personne morale» (4).

C'est précisément à ce système que les conventions d'établissement conclues entre certains gouvernements africains et la France ont accordé leur préférence. Mais, ce qui est paradoxal, c'est qu'elles optent ainsi en faveur du siège social lorsqu'il s'agit de résoudre un problème relatif à la condition de la personne morale, alors qu'elles se réfèrent au système du contrôle - à l'opposé de la conception classique - lorsqu'il s'agit d'une question ayant trait à son allégeance juridique (5). En effet, aux termes d'une clause que l'on retrouve dans tous les accords, «les sociétés civiles et commerciales constituées conformément à la législation d'une partie contractante et ayant son siège social sur son territoire sont assimilées aux nationaux de cette partie contractante quant à la jouissance sur le territoire de l'autre partie contractante de tous les droits énoncés au présent accord et dont une personne morale peut être titulaire» (6). Ce qui veut

---

(1) - V. Supra, p. 37 et s.

(2) - En ce qui concerne la France, V. notamment : H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, op. cit., p. 245 et s ; Y. LOUSSOUARN ET J.D.BREDIN, op. cit., p. 279 ; J. DE GRANDCOURT, op. cit., n.- 42.

(3) - Y. LOUSSOUARN, la nationalité des sociétés dans la législation de développement, op. cit., p. 223.

(4) - Ibid.

Un auteur (F. LUCHAIRE, la nationalité des sociétés et le droit international du développement, op. cit., p. 243 et s) considère que deux mouvements absolument contraires seraient apparus dans les Etats d'Afrique : un mouvement de méfiance à l'égard des capitaux étrangers, avec l'Algérie comme exemple, qui recourt au critère du contrôle, et un mouvement de confiance, avec le Sénégal comme exemple, qui recourt au critère du siège social.

(5) - V. Supra, p. 60 et s.

(6) - Pour une étude suffisamment exhaustive de ces conventions, v. J. FOYER, la

dire en clair que ces diverses conventions d'établissement assimilent purement et simplement les sociétés étrangères aux sociétés locales.

Au-delà de l'inégalité des obligations qui est ainsi instaurée par cette clause d'assimilation (1), ce qui nous importe davantage, c'est d'apprécier cette thèse selon laquelle le siège social devrait trouver la plus large application même dans le domaine de la jouissance des droits.

SECTION II
L'APPRECIATION DE LA THESE DU SIEGE SOCIAL

Est-il vraiment opportun de recourir au système du siège social lorsqu'il s'agit de fixer le contenu de la condition d'une personne morale ? Même si l'on se place dans un milieu juridique d'un pays libéral et développé, tel que celui de la France, on remarque déjà qu'une partie influente de la doctrine ne cache pas son hostilité à une telle solution. A fortiori, devra-t-on la bannir d'un pays comme le nôtre, qui a certes besoin de l'apport des investissements étrangers, mais qui aspire aussi à jeter les fondements d'une économie indépendante.

Parmi tous ceux qui se sont opposés à l'utilisation en France du siège social sur le terrain de la jouissance des droits, NIBOYET fait incontestablement figure de chef de file. Après avoir dissocié le statut juridique de la société de son allégeance politique, cet auteur souligne le caractère dangereux du siège social quand on lui assigne une telle finalité. Un tel procédé, estime-t-il, consiste en effet, à reconnaître à une personne morale l'allégeance politique française uniquement en raison de la localisation en France de son siège social et de son assujettissement corrélatif au droit français des sociétés (2). Or ce n'est pas parce qu'un groupement dépend juridiquement d'un certain pays qu'il faut en déduire aussitôt qu'il en est également de même en ce qui concerne sa nationalité (3). Se rallier à un tel système reviendrait, d'autre part, à permettre à deux étrangers qui constituent une société en nom collectif en France de bénéficier de tous les droits réservés aux sociétés créées entre Français, et dont ces étrangers seraient nécessairement privés s'ils exerçaient leur activité commerciale de façon isolée (4). «Le danger est bien plus grand au cas de sociétés de capitaux puisque derrière l'anonymat pourraient se cacher bien des influences occultes» (5).

Opposées dans le cadre d'un pays développé - lequel est par hypothèse mieux armé pour se protéger contre toute action nuisible du capital étranger -, ces diverses objections acquièrent plus de force dans le contexte d'un pays en voie de développement.

---

nationalité des sociétés dans les rapports entre la France et les nouveaux Etats-Africains d'expression françaises, Trav. com. franç. dr. int. priv. 1969, p. 267 et s.

(1) - Sur le plan des principes, la clause d'assimilation aux nationaux peut-être invoquée par des sociétés ressortissantes de l'une comme de l'autre haute partie contractante. Mais seules les personnes morales d'allégeance politique française sont susceptibles en fait d'en bénéficier ; puisque ce sont uniquement celles qui, à l'inverse des sociétés d'allégeance africaine, sont aptes à s'expatrier.

(2) -V. J.P. NIBOYET, Droit international privé français, 2ème éd., 1951, t. II, n.- 769.

(3) - ibid, n.- 763.

(4) - V. J.P. NIBOYET, droit international privé français, 2ème éd. 1951, t. II, n.- 769.

(5) - Ibid.

En effet, même si l'on fait abstraction des difficultés de sa mise en œuvre découlant de son caractère (1), le siège social - s'il venait à être pris en considération - rendrait impossible toute tentative ayant pour objet de distinguer une per nne morale d'allégeance politique algérienne de celle d'allégeance politique étrangère. Ce qui aurait pour résultat immédiat de faire obstacle à la concrétisation de la volonté de l'Etat d'exercer un contrôle particulier sur les capitaux extérieurs investis sur notre territoire.

En plus de ce besoin vital d'information sur l'impact réel des sociétés étrangères qu'il ne serait pas susceptible de satisfaire, le siège social s'avère complètement inadapté dans le cas où le législateur soumet ces dernières à certaines restrictions spéciales ou leur confère, à l'opposé, un droit qu'il refuse à une personne morale d'allégeance politique algérienne. Il en est ainsi lorsqu'un texte subordonne la constitution d'une société étrangère (2) ou toute cession d'actions ou de parts d'intérêts effectuée par elle (3) à une autorisation administrative. Il en est également de même lorsqu'une disposition ne reconnaît la prérogative de transférer une partie de bénéfices (4), et éventuellement le produit de la liquidation de l'entreprise (5), qu'exclusivement à celle qui présente un caractère extraterritorial. Pour faire émerger un tel caractère, il est évident que les investigations devront être poussées bien au-delà de la fiction du domicile social.

Il ne faudrait pas perdre de vue, enfin, que le recours à ce système en matière de jouissance des droits est prôné en raison de la prétendue simplicité de sa mise en œuvre (6), mais surtout compte tenu de deux considérations.

On considère qu'il y aura bien souvent coïncidence entre le pays de localisation de cet élément de rattachement et le pays dont les ressortissants contrôlent la société. C'est dire, en d'autres termes, que les associés français auront tout naturellement tendance à installer le siège de leur entreprise en France et que les associés américains seront incités à le situer aux Etats-Unis. Tendance qui, lorsqu'elle n'est pas exceptionnellement contrecarrée par l'attrait des «paradis fiscaux», s'explique par des facteurs objectifs - notamment la croyance selon laquelle l'implantation du domicile déterminerait le statut juridique de la société - et par des facteurs d'ordre purement sentimental. Or, qu'elle soit expresse ou tacide, l'obligation qui est faite aux sociétés étrangères de localiser leur siège social sur notre territoire (7) enlève tout son sens à ladite présomption de conformité de l'allégeance politique et de l'Etat de situation du siège social.

On estime, d'autre part, et à juste raison, que c'est essentiellement l'appartenance d'une société à l'économie d'un pays qui doit influer sur le contenu de sa condition ; puisque, a-t-on souligné, «une société ayant sont siège social en France et y exerçant son activité peut parfaitement s'intégrer à notre économie

---

(1) - V. Supra, p. 38 et s.
(2) - V. Infra, p. 181 et s.
(3) - V. Infra, p. 238 et s.
(4) - V. Infra, p. 225 et s.
(5) - V. Infra, p. 257.
(6) - Sur cette prétendue simplicité, V. Supra, p. 37 et s.
(7) - V. Supra, p. 48.

et lui rendre d'importants services, même si elle est contrôlée par des étrangers» (1). Cette assertion qui est peut être vraie lorsque l'on analyse le comportement d'une firme étrangère établie dans un pays développé, mais qui est loin d'être vérifiée quand la même société agit sur le territoire d'un pays en voie de développement, va précisément nous fournir un argument supplémentaire en vue de l'éviction du critère du siège social. Pour diverses raisons - qui sont en réalité beaucoup plus psychologiques qu'objectives - l'entreprise étrangère installée à l'intérieur des frontières d'un tel Etat met généralement en œuvre toute une panoplie de moyens pour ne pas s'intégrer à son économie. Faisant fi des priorités et des objectifs fixés par son plan, amortissant son investissement le plus rapidement possible, refusant de réinvestir sur place la moindre partie de ses bénéfices et rapatriant par là même ses profits en utilisant des moyens plus ou moins légaux, elle adopte, en un mot, un comportement extraterritorial et oriente son action plutôt en faveur du pays développé dont elle est originaire. Autrement dit, c'est surtout comme source d'approvisionnement de matières premières ou comme champ de commercialisation de sa production, que le pays en voie de développement l'intéresse (2).

Devant cette impuissance du siège social à dévoiler la société étrangère, notamment lorsqu'il s'agit de lui attribuer exclusivement un droit ou de l'écarter de la jouissance d'un autre, force est donc de se tourner vers le seul critérium qui reflète la réalité, c'est-à-dire vers le système du contrôle.

---

(1) - P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE ET Y. LOUSSOUARN, op. cit., p. 312 ; v. également : Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit. p. 279.
(2) - V. Supra, p. 19 et s.

CHAPITRE II-

L'ADOPTION DU CRITERE DU CONTROLE

La préférence donnée au contrôle en matière de jouissance de droits commande de faire un exposé de ce système (Section I). Il conviendra de montrer ensuite que cette solution ne s'impose pas uniquement du fait de la carence du critère du siège social : le développement de cette notion de contrôle peut aisément être constaté en droit positif (Section II).

SECTION I
L'EXPOSE DU CRITERE DU CONTROLE

Une fois que l'on a déchiré le voile trompeur de la personnalité morale (1) - car «on ne doit pas se laisser prendre au mirage de cet automate juridique» (2) - et que l'on a, par là même, dénié toute valeur à la théorie du siège social - qui n'est que l'une de ses manifestations -, le réalisme incline à ne déterminer la nationalité d'une société qu'en prenant en considération la nationalité des individus qui agissent sous son couvert et qui exercent sur elle un «contrôle» effectif. Il faut, pour qu'une entreprise puisse prétendre à l'allégeance politique algérienne, et être considérée comme telle sur le plan de la jouissance des droits, que ceux qui détiennent une influence prépondérante dans sa direction soient des nationaux. Cette solution, qui constitue une réaction salutaire contre les excès des constructions théoriques chères au XIXème Siècle (3), se trouve parfaitement corroborée par le but de la société. En effet, loin de transcender les intérêts individuels des associés qui la composent, elle vise au contraire à la réalisation et à la répartition entre ces associés de bénéfices. Sans compter qu'à travers la satisfaction de ces intérêts particuliers, l'activité de la personne morale de droit commercial profite indirectement à l'économie de l'Etat d'origine de ses actionnaires. Et cette tendance est plus accentuée par l'orientation extraterritoriale de la firme installée dans un pays en voie de développement. Rechercher les personnes physiques qui agissent par le biais de la personnalité morale de la société afin de mettre à jour son «âme étrangère» - et par conséquent son appartenance à la sphère économique d'un Etat tiers -, est «une raison autrement décisive de conclure à son extraneïté que lorsqu'on tire argument d'un seul fait, assez peu probant au total, le siège social» (4). C'est précisément parce que le réalisme l'emporte sur les abstractions superficielles que la nationalité d'une société ne prête pas tellement à confusion dans les pays nouvellement indépendants. Alors même qu'elle est assujettie à la loi locale, la société formée par des actionnaires étrangers apparaît aussitôt comme une

---

(1) - V. Supra, p. 65 et s.

(2) - J.P. NIBOYET, op. cit., n.- 767.

(3) - V. notamment : R. DAVID, rapport général, in la personnalité morale et ses limites, op. cit., p. 19.

(4) - L. LUCAS, op. cit.

entreprise étrangère (1).

Tout en reconnaissant la valeur des arguments favorables au contrôle sur le terrain de la jouissance des droits, certains s'obstinent, cependant, à ne pas l'utiliser en tant que critère principal. Ils lui adressent essentiellement deux reproches : il constituerait une source de fraude (§ 1) et sa mise en œuvre serait génératrice de difficultés (§ 2).

§ 1 - LE CRITERE DU CONTROLE, SOURCE DE FRAUDE ? -

En principe, dès lors que l'allégeance politique d'une personnalité morale est déterminée uniquement par la nationalité des personnes physiques qui agissent sous sa façade, ces dernières n'ont pas la possibilité de choisir ou de modifier cette nationalité. Ainsi, par rapport au système du siège social, le système du contrôle offre un avantage considérable (2). Pourtant, on a quelquefois reproché même au critère proposé d'être susceptible de faire l'objet d'une manipulation. En s'attachant les services «d'hommes de paille», les membres qui composent une société pourraient lui conférer une allégeance politique qu'elle n'aurait pas en réalité et qui ne serait seulement qu'une simple apparence. Démunies de tout pouvoir effectif, ces doublures ne seraient alors que de simples marionnettes entre les mains des véritables maîtres de l'entreprise, et dont l'action resterait, bien évidemment, occulte.

Cette objection ne semble pas, à première vue, dénuée de fondement. Une firme étrangère pourrait éventuellement être tentée de recourir à un tel subterfuge, soit dans le but d'échapper au champ d'application de quelques mesures discriminatoires instituées au détriment des investissements étrangers, soit pour augmenter ses chances de conclure des marchés publics, soit pour faire échec au chauvinisme de certains consommateurs. Mais, abstraction faite de la possibilité d'action judiciaire qu'il susciterait aussitôt en raison de son caractère frauduleux, ce procédé ne risque pratiquement pas d'être utilisé.

L'une des considérations qui militent dans ce sens est que le recours à des «hommes de paille» n'est vraiment concevable que dans la mesure où l'application du critère du contrôle se fait par référence à la nationalité des seuls administrateurs ou des gérants d'une société. C'est uniquement dans cette hypothèse qu'il serait aisé d'attribuer une nationalité de façade à une personne morale. Par contre, on ne voit pas comment ce moyenfrauduleux pourrait être mis en œuvre dans le cas où ce n'est pas l'allégeance politique des dirigeants sociaux qui serait prise en considération, mais celle de tous les associés. Il serait alors difficile à une société de doubler ses véritables actionnaires par des participants fictifs dans le seul but d'acquérir indûment la nationalité d'un pays déterminé.

Par ailleurs, cette possibilité de fraude est encore rendue moins probable par des raisons particulières à notre pays, résultant des cadres juridiques d'établissement dans lesquels la société étrangère doit nécessairemet insérer son activité.

---

(1) - V. F. LUCHAIRE, la société étrangère dans les pays sous-développés, in la personnalité morale et ses limites, op. cit., p. 172 ; S. BASTID ET F. LUCHAIRE, op. cit., p. 161.

(2) - Ce critère implique que la société change de nationalité dès qu'il y a transfert international du domicile social (V. Supra, p. 45 et s.) ou mutation de souveraineté du territoire sur lequel il était localisé (V. Supra, p. 53 et s.).

Cette entreprise peut d'abord vouloir investir dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides. En ce qui concerne ce secteur d'activité, la détermination de l'allégeance politique d'une société se fait de façon presque immédiate et ne peut faire l'objet d'aucune manipulation. En effet, en dehors de la société nationale Sonatrach ou de l'une de ses filiales, toute autre firme pétrolière ne peut être qu'étrangère. Car le capital privé local se voit interdire, en fait, l'accès à ce champ d'investissement. L'émergence de ce caractère étranger est d'autant plus facile à réaliser que les entreprises en question possèdent toutes une notoriété internationale - compte tenu du fait que le monde pétrolier est un monde hermétique - et que leur installation sur notre territoire est subordonnée à la conclusion d'une convention avec l'Etat (1).

Une société peut également choisir le code des investissements comme régime légal de son établissement. Seulement, un tel choix ne se justifie, en principe, que par les garanties et les avantages qui sont susceptibles d'en résulter pour le bénéficiaire de l'agrément. Or parmi ceux-ci figure en bonne place, nous le savons, le droit conféré exclusivement à la société étrangère de transférer hors d'Algérie une partie de ses bénéfices (2) et le produit intégral de sa liquidation (3). Même si nous laisson de côté la lumière que le dossier d'agrément est capable de faire sur l'identité véritable d'une entreprise, s'attacher des «hommes de paille» pour avoir en apparence la nationalité algérienne signifierait, entre autres, que la firme étrangère renonce délibérément à profiter des facilités de transfert qui lui sont accordées ! Ceci est impensable.

Même lorsqu'elle n'agit que sous l'empire des dispositions du droit commun, la société étrangère ne sera certainement pas tentée d'utiliser frauduleusement le critère du contrôle, bien qu'elle soit plus libre de le faire. Car ce qu'elle désire par dessus tout lorsqu'elle exerce une activité sur le territoire d'un pays en voie de développement, c'est sauvegarder son identité d'origine. Plutôt que perdre cette originalité, elle préfère encore se voir astreindre à une condition moins favorable que celle de l'entreprise d'allégeance locale. Vivant dans une psychose de l'expropriation, elle est convaincue que le bénéfice de la protection diplomatique, dont la mise en œuvre est étroitement liée à l'extranéité, constitue l'une de ses meilleures garanties. Et le fait que la mesure d'«algérianisation» des cadres imposée aux firmes étrangères (4) n'ait pas souvent été suivie d'effets illustre clairement la réticence des investisseurs étrangers à recourir à un personnel algérien en vue de lui faire occuper des postes de direction.

§ 2 - LE CRITERE DU CONTROLE, SOURCE DE DIFFICULTE DANS SA MISE EN ŒUVRE ? -

L'opposition rencontrée par le critère du contrôle, même sur le terrain de la jouissance des droits, n'a pas seulement son origine dans la possibilité de fraude qu'il offrirait. Elle serait surtout due à toutes les difficultés qui naîtraient à

---

(1) - cf. Infra, p. 148 et s.
(2) - cf. Infra, p. 225 et s.
(3) - cf. Infra, p. 257.
(4) - V. A. AKKACHE, op. cit.

propos de sa mise en œuvre. On considère qu'«il nécessite, en effet, de la part du juge des investigations délicates» ; que «certaines formes de contrôle peuvent être inapplicables, si, par exemple, les actions de la société ont été émises sous la forme au porteur» et que «le caractère polymorphe en complique singulièrement l'emploi». Car on se demande s'il faudrait alors «se référer à la nationalité des associés, des capitaux, des dirigeants sociaux ? » (1).

A supposer même que ces critiques soient entièrement fondées du point de vue du système juridique français - et c'est loin d'être le cas (2) -, on ne peut s'empêcher de remarquer que le critère du siège social auquel ces auteurs préfèrent accorder leur suffrage n'est pas d'un maniement plus aisé. A moins de s'en tenir au seul siège statutaire - solution que rejette unanimement la doctrine (3) -, la découverte du siège social dit réel est infiniment plus problématique (4) que l'appréhension des personnes physiques qui exercent une influence déterminante sur la marche d'une société.

En dehors de cet argument d'ordre négatif, ces objections, lorsqu'elles sont replacées dans le cadre spécifique de notre droit positif, se trouvent considérablement amoindries, pour ne pas dire annihilées. L'appui de cette opinion peut être puisé non seulement à travers l'analyse des diverses sociétés (A), mais également dans la présomption de conformité de la nationalité des dirigeants à celle de la société (B), ce que nous proposons de défendre.

A) - L'application du critère du contrôle et les diverses sociétés commerciales -

Il convient d'aborder séparément la société de personnes et la société à responsabilité limitée, d'une part, et la société de capitaux, d'autre part.

1/ La société de personnes et la société à responsabilité limitée -

En raison de l'«intuitus personae» qui les caractérise et de l'objet restreint qu'elles sont susceptibles de remplir, la société de personnes et la société à responsabilité limitée ne sont composées que d'un petit nombre d'associés (5). Dans de pareilles sociétés, l'application du critère du contrôle se fera donc sans aucune difficulté ; étant donné que le recensement des personnes physiques qui agissent sous le couvert de la personnalité morale ne posera lui-même aucun problème (6). Et pour qu'une de ces entreprises soit considérée comme relevant de l'allégeance politique étrangère, il suffira que la majorité de son capital soit détenue par des ressortissants non algériens.

Dans le cas d'une société en commandite simple, on peut se poser la question

(1) - Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit. p. 266.
(2) - V. notamment : J.P. NIBOYET, op. cit. n.- 770 et s.
(3) - V. Supra, p. 31 et s.
(4) - V. Supra, p. 37 et s.
(5) - V. G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit., p. 392 et s.
(6) - V. J.P. NIBOYET, op. cit., n.- 770.

de savoir qui, du commanditaire ou du commandité, sera pris en considération pour le rattachement de l'entreprise en question à un Etat. Pratiquement, une telle hypothèse apparaît aujourd'hui comme presque théorique, tant le recours à la commandite est exceptionnel, surtout comme moyen d'investissement de capitaux à l'extérieur. De toute façon, s'il en était autrement, il faudrait alors tenir compte à la fois de la nationalité du ou des commanditaires et de celle du commandité. Il faudra, toutefois, prendre soin, en cas de conflit, de faire prévaloir celle des premiers sur celle du second. En effet, les considérations qui nous ont conduit à écarter l'emploi «d'hommes de paille», nous incitent également à croire que la sauvegarde du caractère étranger de son investissement poussera le commanditaire à choisir un commandité étranger. Mais, en insérant leur activité dans le cadre du code des investissements, des commanditaires algériens pourraient, notamment dans le but de détourner la réglementation des changes, s'associer avec un commandité étranger. Et c'est justement pour faire échec à cette éventuelle fraude que l'allégeance politique des commanditaires devra avoir la prédominance.

2/ - La société de capitaux -

Bien qu'elle exige un peu plus de temps, la découverte des personnes physiques qui contrôlent une société de capitaux ne constitue pas un obstacle. La preuve en est que la jurdisprudence française a aisément fait application de ce système chaque fois qu'un texte le lui imposait (1). Ce travail se trouve facilité, dans notre pays, par la disparition implicite des actions au «porteur».

Lorsque les titres empruntent la forme nominative, l'appréhension de l'allégeance politique des associés ne posera aucun problème. Il suffira tout simplement de consulter le registre des actionnaires tenu par la société.

C'est uniquement lorsque des actions sont sous la forme au «porteur», qu'un tel décompte se révèle complexe : leur titulaire pouvant s'en désaisir sans être astreint à aucun formalisme, par simple tradition, comme s'il s'agissait d'un meuble corporel. D'où résulte justement l'une des plus importantes critiques qui aient été faites au critère du contrôle. Or, nous croyons pouvoir affirmer que les dispositions qui organisent ces actions au «porteur» ont fait l'objet d'une abrogation implicite. En effet, en édictant que les cessions d'actions, tout comme celles de parts sociales, doivent, à peine de nullité, être dressées en la forme authentique, l'article 12 de l'ordonnance n.- 70.91 du 15 Décembre 1970 portant organisation du notariat (2) introduit donc tacitement une importante modification en matière de transmission des actions en rendant sans objet leurs mode de négociation. Ce qui implique une répercussion sur la forme même de ces titres. Car si l'obligation d'emprunter la voie notariale pour céder ces valeurs mobilières peut à la rigueur se comprendre lorsqu'il s'agit d'actions nominatives, elle paraît en revanche incompatible avec les caractéristiques des actions au «porteur». C'est dire que l'on est obligé de déduire - au terme d'un raisonnement que nous développerons plus loin (3) - que cet article 12

---

(1) - V. J.P. NIBOYET, op. cit. n.- 770.

(2) - J.O.R.A. du 25 Décembre 1970, p. 1238.

(3) - V. Infra, p. 235 et s.

supprime la tradition en tant que procédé de négociation et qu'il aboutit par là même à enlever toute utilité à l'action au «porteur». Surtout que l'administration ne pourra faire respecter les prescriptions législatives ainsi édictées que dans la mesure où toutes les actions sont nominatives.

B) - L'application du critère du contrôle et la présomption de conformité de la nationalité des dirigeants à celle de la société -

L'opinion de certains auteurs consistant à affirmer que le caractère polymorphe du critère du contrôle aboutit à rendre son utilisation difficile paraît justifiée à première vue ; puisque l'hésitation serait notamment permise entre la prise en considération de la nationalité des associés ou de celle des dirigeants sociaux (1).

Il ne nous appartient pas de vérifier la justesse de cette objection dans le contexte français, mais ce qui est certain, c'est qu'une analyse de facteurs inhérents à un pays en voie de développement nous conduit à remarquer que les différents aspects du contrôle, loin d'être antinomiques entre eux, convergent la plupart du temps pour faire émerger une même réalité. C'est ce qui explique que l'on voit rarement la gestion d'une société confiée à des Algériens, alors que son capital appartient entièrement ou en majeure partie à des personnes physiques ou morales étrangères. La participation étrangère a tendance à s'extérioriser de façon presque automatique au niveau des organes de gestion. D'autant plus que ce ne sont pas de petits épargnants qui sont les auteurs de ce genre d'investissement, mais plutôt des groupes puissants qui savent que la rentabilisation maximale et rapide de leur mise passe par la détention d'un pouvoir déterminant dans la marche de la société.

Ce sont ces éléments qui nous autorisent à poser comme présomption que la nationalité des dirigeants sociaux reflète l'allégeance politique de la personne morale elle-même. Une telle présomption n'a cependant pas un caractère irréfragable : toute personne ayant un intérêt pourra la combattre en adminsitrant une preuve contraire ; il lui suffira tout simplement de faire apparaître une absence de concordance quant à la nationalité de la société entre la répartition du capital social et la distribution des postes de direction ; de démontrer, en d'autres termes, que bien que la firme soit apparemment gérée par une majorité de nationaux, plus de la moitié des actions ou des parts appartient en réalité à des personnes physiques ou morales étrangères.

Outre qu'il simplifie considérablement la mise en œuvre du critère du contrôle, le recours à cette présomption en vue de circonscrire la nationalité d'une société offre de toute façon l'avantage d'être moins superficiel que le procédé consistant à déduire l'allégeance politique d'une personne morale du lieu de localisation de son siège social (2).

Système qui d'ailleurs a d'autant moins de chance de s'imposer que le droit positif révèle un développement assez caractéristique du critère du contrôle.

---

(1) - V. Supra, p. 101 et s.
(2) - V. Supra, p. 95 et s.

SECTION II
LE DEVELOPPEMENT DE LA NOTION DE CONTROLE EN DROIT POSITIF

C'est sans doute parce qu'il est le seul à pouvoir mettre à jour - nonobstant le voile opaque de la personnalité morale - le rattachement politique d'une société à un Etat, que le critère du contrôle connaît un développement aussi bien en législation (§ 1), qu'en jurisprudence (§ 2).

§ - 1 LE DEVELOPPEMENT LEGISLATIF DU CRITERE DU CONTROLE -

Il n'est nullement question de passer en revue tous les textes qui utilisent ce système. Il nous suffit seulement d'analyser les plus importants d'entre eux. On distinguera pour cela ceux qui lui font une référence exclusive (A) et ceux qui, en apparence, l'utilisent cumulativement avec le siège social, mais qui lui confèrent en réalité la prédominance (B).

A) - La référence exclusive au critère du contrôle -

Comme textes favorables à l'utilisation exclusive du système du contrôle pour déterminer la société étrangère, il convient d'évoquer tour à tour le décret du 1er Octobre 1963 relatif à la récupération des terres, l'ordonnance du 15 Septembre 1966 portant code des investissements et plus précisément ses dispositions consécutives aux transferts de fonds et, enfin, l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 qui subordonne l'établissement d'une personne morale dans le cadre du droit commun à une autorisation administrative.

1/ - Le décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963 et la récupération des terres -

Prétendre engager un processus de développement économique sans la récupération préalable de nos richesses nationales eût été illusoire. C'est pourquoi le décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963 (1) a, dans son article 1er, déclaré «biens de l'Etat, les exploitations agricoles appartenant aux personnes physiques ou morales qui, à la date de parution du décret, ne jouissaient pas de la nationalité algérienne ou ne justifiaient pas avoir accompli les formalités légales en vue de l'acquisition de cette nationalité».

La mise en application de cette mesure n'était génératrice d'aucune difficulté tant que les exploitations agricoles étaient la propriété des personnes physiques. Un problème pouvait en revanche surgir à propos des personnes morales qui détenaient les domaines les plus importants et dont la superficie s'étendait souvent sur des milliers d'hectares. On pouvait se poser la question de savoir quel critère a été choisi par le législateur en vue d'établir celles qui n'avaient pas la nationalité algérienne et qui étaient alors seules susceptibles de faire l'objet d'une expropritation (2). Cet obstacle est plus apparent que réel, puisque, de

---

(1) - J.O.R.A. du 4 Octobre 1963, p. 1015.

(2) - Bien que se situant à une époque différente, cette opération de récupération des terres

façon implicite, le décret du 1er Octobre 1963 donne la primauté au système du contrôle. C'est ce qu'il convient de montrer en faisant successivement appel aux deux arguments qui corroborent cette interprétation.

Il importe de rappeler tout d'abord que les sociétés civiles qui exerçaient des droits de propriété sur de nombreux domaines agricoles avaient toutes installé leur siège social sur notre territoire et qu'elles l'y avaient opportunément maintenu après notre accession à l'indépendance. Dans la logique de la théorie du siège social, la coïncidence de cette localisation du domicile et de cette mutation de souveraineté aurait dû normalement conduire à attribuer à ces sociétés la nationalité algérienne. Or, à partir du moment où le législateur considère, malgré cette localisation, que ces personnes morales sont étrangères, cela veut dire qu'il écarte implicitement le siège social en tant que critère de détermination de leur allégeance et qu'il donne la préférence au contrôle.

Un autre élément vient consolider ce point de vue. Le décret du 1er Octobre 1963 faisait échapper à la mesure de dépossession toute personne qui, bien que ne jouissant pas encore de la nationalité algérienne au moment de sa promulgation, justifiait avoir déjà entrepris les démarches nécessaires afin de l'acquérir. Mais l'option de nationalité à laquelle se réfère implicitement ce texte, et qui était prévue par les Accords d'Evian (1), n'était certainement pas reconnue à une société en tant qu'entité juridique (2). Seules les personne sphysiques qui la composaient pouvaient prétendre avoir effectué toutes les formalités en vue de la reconnaissance de la nationalité algérienne. Ce qui implique que c'est uniquement de cette allégeance politique des individus dont découle, pour le législateur, celle d'une personne morale.

2/ - L'ordonnance du 15 Septembre 1966 et les transferts de fonds -

Comme il a déjà été signalé, l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements n'accorde le privilège de transférer hors d'Algérie une partie des bénéfices ainsi que le produit de la cession ou de la liquidation de l'entreprise qu'à une société étrangère (3) ; illustrant ainsi suffisamment l'intérêt de la recherche de la nationalité d'une personne morale.

A ce propos, aucune hésitation n'est permise quant au critère choisi par cette loi pour procéder à la qualification de cette entreprise. C'est exclusivement le système du contrôle qu'elle a fait prévaloir. Mais pour éviter certains risques de

n'a pas touché, comme on l'a hâtivement prétendu, que des étrangers. Son champ d'application a été étendu aux nationaux eux-mêmes par l'ordonnance n.- 71.73 du 8 Novembre 1971 portant Révolution Agraire (J.O.R.A du 30 Novembre 1971, p. 1281). Il faut préciser cependant qu'une différence fondamentale sépare ce texte du décret du 1er Octobre 1963 en ce qui concerne le problème de l'indemnisation.

(1) - Sur cette option de nationalité, V. J. BENDEDOUCHE, op. cit.

(2) - C'est exactement d'un même esprit que procède un célèbre arrêt d'une haute juridiction française (T.C. 23 Novembre 1959, «société Mayol Arbona», D. 1960-223, note SAVATIER) lorsqu'il affirme que «les personnes morales ne peuvent exercer l'action principale en reconnaissance de la nationalité».

(3) - Pour une idée plus détaillée de ces problèmes, V. Infra, p. 225 et s. et 257.

fraude (1), la définition de l'investissement étranger qu'elle adopte ne ressort que de la coïncidence de la nationalité des associés et celle des capitaux.

Qu'il s'agissent du transfert partiel des bénéfices réalisés, du transfert du produit de la liquidation ou de celui de l'indemnisation résultant d'une éventuelle nationalisation, le code des investissements subordonne dans tous les cas le bénéfice de ces droits à une importation effective de capitaux (2).

Mais si cette condition est toujours nécessaire, elle n'est pourtant pas suffisante. Car si ce texte s'était contenté de ne faire dépendre l'extranéïté d'une entreprise que de l'origine extérieure de ses capitaux, il aurait indirectement eu pour résultat de permettre à la forte émigration algérienne implantée en Europe d'invoquer l'attribution de ces droits à transfert. Il lui aurait tout simplement suffi de constituer dans son propre pays, mais avec des capitaux importés, des sociétés exerçant une activité sous l'empire des dispositions du code des investissements. C'est précisément pour rejeter une solution aussi anormale que la nationalité étrangère des associés est également exigée (3).

En dehors du recours à la pratique administrative, l'article 8 de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 prend expressément en considération l'allégeance politique des associés puisqu'il prévoit que l'indemnité due à une société ayant fait l'objet d'une nationalisation» n'est transférable à l'étranger que si le bénéficiaire est lui-même étranger».

De façon implicite, la même exigence découle en outre de l'interprétation de l'article II. Dans son paragraphe 1er, il autorise le «transfert de la partie distribuée des bénéfices». Comme, par hypothèse, seuls des actionnaires peuvent prétendre à une telle distribution, on est obligé d'admettre - si l'on veut vraiment saisir l'esprit de cette disposition - qu'elle n'intéresse que ceux qui n'ont pas la nationalité algérienne. C'est à une solution identique que conduit d'ailleurs l'analyse du paragraphe 2 de l'article précité. Il n'autorise le transfert du produit de la cession, ou de la liquidation d'entreprise, ou de la cession de parts, ou d'actions que «pour autant que l'acquéreur soit une personne physique algérienne ou une personne morale sous contrôle algérien».

Or, à partir du moment où le législateur prend la précaution de prévoir une telle condition, il laisse nécessairement supposer, a contrario, que l'entreprise - objet de la transaction - appartenait à une société n'ayant pas l'allégeance politique algérienne, c'est-à-dire qui était contrôlée par des ressortissants étrangers.

3/ - L'ordonnance du 31 Décembre 1969 et l'établissement de la société étrangère sous l'empire du droit commun -

A l'instar des textes précédents, c'est au critère du contrôle que fait réfé-

(1) - Si le code des investissements n'avait pas imposé cumulativement ces deux conditions, des Algériens auraient pu, pour détourner la réglementation des changes, financer de façon occulte des étrangers.

(2) - V. par exemple : Art. II-I, al 2, code des investissements.

(3) - Il est vrai qu'un émigré pourrait toujours contourner ces dispositions en s'associant de façon occulte avec des étrangers.

rence l'article 40 de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 portant loi de finances pour l'année 1970 (1). L'adoption de ce système est d'autant plus justifiée que cette loi vise essentiellement à instaurer une surveillance administrative particulière sur l'implantation des capitaux étrangers en dehors du codes des investissements et du droit pétrolier, c'est-à-dire dans le cadre juridique de droit commun (2). On peut vérifier le bien-fondé de cette opinion par le fait que ce n'est pas toute constitution d'entreprise à caractère industriel ou commercial qui se trouve soumise à une autorisation préalable, mais seulement celle «dont tout ou partie de la propriété revient à une ou plusieurs personnes physiques ou morales étrangères». On peut également en trouver la confirmation dans le fait que cette procédure est imposée aux mêmes personnes dès lors qu'elles envisagent d'acquérir, d'une manière ou d'une autre, «un pouvoir déterminant dans la direction ou la gestion de l'entreprise installée sur le territoire algérien». Bien que la référence ne soit pas suffisamment explicite, il semble logique d'entendre par «entreprise installée sur le territoire» avant tout une société contrôlée par des nationaux. Car la prise de contrôle d'une personne morale qui est déjà étrangère devrait avoir moins d'intérêt pour les pouvoirs publics, puisqu'elle continuera à orienter son activité - tout comme elle le faisait avant l'intervention de cet éventuel changement - surtout au profit de la vie économique d'un pays développé.

B) - La référence, en apparence non exclusive, au critère du contrôle -

Au lieu de s'inspirer des exemples déjà analysés en utilisant exclusivement le critère du contrôle, certains textes, tout en adoptant quant au fond la même attitude, n'en mentionnent pas moins le système du siège social. Autrement dit, alors que c'est un emploi cumulatif de ces deux critères qui semble se dégager d'une première impression, la réalité s'avère toute différente : qu'il s'agisse de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 définissant le cadre dans lequel s'exerce l'activité des sociétés étrangères dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides, ou de l'ordonnance n.- 71.79 du 3 Décembre 1971 relative à l'association.

1/ - L'ordonnance du 12 Avril 1971 et l'activité pétrolière des sociétés étrangères -

Pour qu'une société étrangère puisse avoir accès au domaine minier saharien afin d'y rechercher et d'y exploiter des hydrocarbures liquides, elle est tenue, conformément aux règles posées par l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (3), de constituer une filiale de droit algérien ayant son siège social sur notre territoire et de s'associer avec l'entreprise publique Sonatrach au sein d'une société mixte (4).

(1) - J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.
(2) - Pour de plus amples développements, V. Infra, p. 188 et s.
(3) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366.
(4) - V. Infra, p. 147 et s.

Au-delà de ce que cette création obligatoire d'une personne morale implique sur le terrain de l'allégeance juridique (1). la question que l'on pourrait se poser est de savoir si une telle localisation impérative du siège social ne serait pas susceptible d'avoir une incidence sur son allégeance politique. En d'autres termes, cette exigence n'aurait-elle pas pour but d'imposer indirectement la nationalité algérienne à toute entreprise autorisée à exercer une activité pétrolière ? Une réponse négative prévaut de façon presque immédiate. En voici les raisons.

Comme argument d'ordre général, il importe d'abord de souligner que si le siège social ne mérite pas d'être pris en considération, c'est uniquement parce qu'un secteur économique aussi stratégique que celui des hydrocarbures ne peut nullement se satisfaire d'une règle de rattachement aussi artificielle. D'ailleurs, les législateurs du monde entier n'ignorent pas que seul le critère du contrôle peut véritablement leur indiquer au profit de quel Etat travaillent les compagnies pétrolières établies sur leur territoire.

Un élément terminologique conforte aussitôt cette affirmation : l'article 2 de l'ordonnance précitée, tout en disposant que le domicile de l'entreprise doit être installé en Algérie, n'en continue pas moins à parler de «personne morale étrangère». Une telle qualification tend donc à démontrer que les rédacteurs du texte se refusent à reconnaître une influence à la localisation du siège social en tant que règle de détermination de l'extraneïté d'une société, pour ne considérer implicitement que ceux qui agissent sous la façade de cette fiction juridique.

A supposer même que cette interprétation paraisse spécieuse, il convient d'opposer une autre considération qui milite de façon plus manifeste en faveur du système du contrôle. Elle résulte du fait que la participation de la filiale étrangère au capital de l'association mixte constituée avec le concours de la Sonatrach ne peut en aucun cas excéder 49 pour cent ; ce qui engendre comme conséquence de ne lui conférer qu'une représentation minoritaire au sein de l'organe de direction (2). Outre qu'elle est seule susceptible - en dehors de l'instauration d'un monopole d'Etat - de faire obstacle à la prétention d'une société, autre que l'entreprise publique, d'animer et d'orienter l'activité pétrolière dans notre pays, cette répartition inégale des actions a pour but de conférer la nationalité algérienne à la société mixte. On peut en déduire que le législateur, tout en déniant tacitement ce rôle au siège social, ne se fonde que sur le contrôle pour établir l'allégeance politique d'un groupement.

Loin de constituer une innovation, ce système, dans son principe, avait été introduit au Sahara bien avant l'accession de notre pays à l'indépendance. Aux termes de l'article 6 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 «nul ne peut obtenir de permis H... s'il ne satisfait aux conditions fixées en ce qui concerne les personnes détenant le contrôle de l'entreprise» (3). Le législateur français ne semblait pas, a priori, avoir attaché une grande importance à

---

(1) - V. Supra, p. 76 et s.

(2) - V. Infra, p. 170 et s.

(3) - J.O.R.F. du 23 Novembre 1958, p. 10526 ; V. également : le «code pétrolier saharien», édité par l'organisme technique de mise en valeur des richesses du sous-sol saharien, 1963, p. 60 et s. Pour une analyse de ce code, v. Infra, p. 190 et s.

l'origine des capitaux, puisque pour préciser ce qu'il entendait par «éléments caractéristiques du contrôle», l'article C.5 de la convention-type du 16 Septembre 1961 (1) auquel il renvoyait (2), n'exigeait essentiellement que «la liste des personnes connues pour détenir plus de deux pour cent du capital social, et l'importance de leur participation». Mais ces renseignements permettaient à l'administration de l'ancienne puissance concédante, compte tenu du caractère discrétionnaire de son pouvoir d'appréciation, d'éliminer du bénéfice d'un permis exclusif de recherche toute entreprise non contrôlée par des capitaux français. Les concours étrangers étaient certes admis, cependant que leur influence devait être cantonnée dans de strictes limites ; car il s'agissait avant tout de mettre en œuvre la politique énergétique de la France. Aussi, «le gouvernement n'admet pas que, au sein d'une société ou d'un groupe de sociétés détentrices d'un permis, les capitaux étrangers aient une participation supérieure à cinquante pour cent... Dans la plupart des cas l'association entre groupes français et étrangers est faite sur la base 51/49, ce qui assure la prépondérance du groupe français» (3). Sans compter que le code pétrolier saharien prévoyait, certainement afin de supprimer toute équivoque quant à l'allégeance politique des compagnies pétrolières, que la moitié au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ainsi que tous les directeurs ayant la signature sociale devaient être de nationalité française (4).

On ne peut, dans ces conditions, que s'étonner de voir certains auteurs continuer à affirmer - en s'inspirant de la conception traditionnelle qui a toujours observé un mutisme total en ce qui concerne le droit pétrolier - que la prise en considération des éléments caractéristiques du contrôle par le code pétrolier saharien ne conduisait nullement à conférer un quelconque rôle à ce critère en matière de détermination de la nationalité (5). S'il en était véritablement ainsi, on voit mal dans quel dessein tant d'investigation devaient être effectuées par l'ancienne puissance concédante, alors que toute entreprise bénéficiaire d'un titre minier devait nécessairement être «française» de par la localisation impérative de son siège social (6).

Quoi qu'il en soit, l'Algérie indépendante aurait dû, en principe, profiter de toutes ces mesures législatives de sauvegarde, non seulement par l'effet de la succession d'Etats, mais aussi par l'effet de la reconduction du code pétrolier saharien (7). Ce qui lui aurait permis d'exercer, dès 1962, un contrôle plus

---

(1) - Approuvée par le décret n.- 61.1045 du 16 Septembre 1961, J.O.R.F. du 17 Septembre 1961, p. 8600 ; V. également : «code pétrolier saharien», op. cit., p. 175 et s.

(2) - V. Art. 23.3ème, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.,

(3) - J. LOYRETTE, statut de la recherche dans le code pétrolier saharien, R.J.P. Dom. 1959, p. 399.

(4) V. Art. C 4 de la convention-type du 16 Septembre 1961, op. cit.

(5) - M. BENCHIKH, les instruments juridiques de la politique pétrolière en Algérie, Thèse Alger, 1971, p. 22.

(6) - Sur l'obligation qui était faite aux compagnies d'implanter leur siège social en Algérie par l'article C 3 de la convention-type du 16 Septembre 1961, v. Supra, p. 48.

(7) - L'article 2 de la déclaration de principes sur la coopération pour la mise en valeur des richesses du sous-sol saharien (V. Code pétrolier saharien, op. cit. p. 3) prévoyait en effet que l'Algérie succède à la France dans ses droits, prérogatives et obligations de puissances publique concédante au Sahara pour l'application de la législation minière et pétrolière...».

étroit sur toutes les compagnies pétrolières implantées déjà sur son territoire. Si «d'algérianisation» des dispositions précitées n'a pas eu lieu, c'est uniquement parce que l'accord de transposition de ce dernier code, conclu entre la France et l'Algérie le 28 Août 1962 (1), - tout en laissant subsister certains textes relatifs au contrôle - a néanmoins supprimé les plus importants, c'est-à-dire essentiellement les articles C 3 et C 4 de la convention-type du 16 Septembre 1961 (2).

En même temps qu'elle permet à la puissance publique de prendre enfin la direction de l'exploitation de sa principale richesse naturelle, l'ordonnance du 12 Avril 1971 ne fait donc que restituer sa place au critère du contrôle sur le terrain de la jouissance des droits.

2/ - L'ordonnance du 3 Décembre 1971 et les associations étrangères -

L'article 18 de l'ordonnance n.- 71.79 du 3 Décembre 1971 (3) autorise la constitution de toute association étrangère sur notre territoire, à condition toutefois que le Ministre de l'Intérieur ait préalablement donné son agrément.

Bien que l'autorisation administrative soit une obligation commune à toutes les associations (4) - sans aucune distinction quant à leur nationalité -, des différences profondes peuvent cependant être remarquées en ce qui concerne le contenu de leur régime juridique. C'est ainsi que seules les associations nationales peuvent se voir reconnaître un caractère d'utilité publique et bénéficier de la sorte d'une jouissance des droits plus complète (5). C'est dire que même si l'on n'aborde le problème que sous l'angle de la mise en œuvre de cette discrimination, la détermination de l'allégeance politique d'un groupement à but non lucratif ne sera donc pas démunie d'intérêt.

Or, dispose l'article 19, «sont réputées associations étrangères, quelle que soit leur forme, les associations qui ont leur siège social à l'étranger ou qui, ayant leur siège social sur le territoire national, sont gérées, administrées ou dirigées en fait par des étrangers (6).

Nonobstant ce que peut laisser supposer la lettre de cette disposition, l'utilisation du critère du siège social, conjointement avec le critère du contrôle, ne

---

(1) - V. J.O.R.A. du 14 Septembre 1962, p. 191 ; J.O.R.F. du 30 Août 1962, p. 8506 ; code pétrolier saharien, op. cit., p. 31.

(2) - Sur les amputations dont a été l'objet le code pétrolier saharien à la veille de notre accession à la souveraineté, v. M. SALAHEDDINE, les visées pétrolières françaises en Algérie à travers l'évolution des institutions et des textes, El-Moudjahid du 23 Février 1971, p. 5.

(3) - J.O.R.A. du 24 Décembre 1971, p. 1410.

(4) - Il convient de souligner cependant une particularité dans ce domaine : la création d'une association algérienne d'intérêt régional n'est soumise qu'à un agrément du préfet (V. Art. 2, al. 3, ordonnance n.- 71.79 du 3 Décembre 1971, op. cit.).

(5) - V. Art. 22, Ibid.

(6) - C'est une définition presque similaire qui a été reprise par un autre texte. Il s'agit du décret n.- 72.32 du 21 Janvier 1972 (V. Infra, p. 234 et s.) qui fait obligation à toute personne morale étrangère de solliciter au préalable une autorisation du Ministère des Finances chaque fois qu'elle veut céder un immeuble ou un droit immobilier ou acquérir ou transmettre des valeurs mobilières. Dans le but de préciser les modalités d'application de ce

constitue qu'une simple apparence. Elle s'avère, à l'analyse, surabondante. On peut avancer à l'appui d'une telle interprétation, et par là même de la prise en considération par cette loi de la seule nationalité des sociétaires, au moins deux arguments.

Pour que le siège social puisse véritablement jouer un rôle en tant que règle de distinction de l'association algérienne et de l'association étrangère, il faudrait qu'il soit en mesure de faire apparaître ce clivage du seul fait de sa localisation. C'est a priori ce qui semble ressortir de la première proposition de l'article 19, puisqu'elle répute bien comme étant une association étrangère celle dont le domicile se trouve situé en dehors de nos frontières. Ce qui voudrait dire, en application de ce principe, que l'amicale des Algériens en Europe serait considérée comme ayant une allégeance politique française uniquement parce que son siège serait installé à Paris ! Ceci n'est pas soutenable, d'autant moins que les termes de la seconde proposition de la disposition précitée contredisent ceux de la première. En effet, alors que son siège se trouve implanté sur notre territoire - et qu'une telle localisation devrait logiquement lui conférer la nationalité algérienne -, une association ne sera pas pour autant considérée comme ayant un caractère étranger parce qu'elle sera «gérée, administrée ou dirigée en fait par des étrangers». On peut donc en déduire que, dans l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance du 3 Décembre 1971, le siège social n'est utilisable que dans la mesure où l'allégeance politique qu'il révèle est conforme à celle résultant du critère du contrôle. Ce qui revient à dire qu'il faudra se référer exclusivement à ce dernier toutes les fois où cette présomption de conformité du pays d'installation du siège et du pays dont sont originaires les sociétaires ne se vérifie pas.

Avec plus de force, un autre argument vient corroborer cette interprétation. Aux termes de l'article 3 de la même ordonnance, «nul ne peut fonder, ni administrer, ni diriger une association s'il ne remplit les conditions suivantes : être de nationalité algérienne depuis au moins dix ans ; n'avoir pas eu, pendant la lutte de libération nationale, une conduite contraire aux intérêts de la patrie...» Comme le suggèrent ces deux conditions, le champ d'application de cette disposition ne s'étend qu'aux associations algériennes. Ce que confirme d'ailleurs implicitement l'article 22 en ne soumettant pas l'association étrangère à l'empire de ces règles. Or, dès l'instant où l'on prévoit que l'association d'allégeance politique algérienne ne peut être que celle qui est constituée et dirigée par des nationaux, on ne peut faire autrement qu'admettre, a contrario, que l'association étrangère est non pas exclusivement celle dont le siège est installé en dehors de notre territoire, mais surtout celle qui est créée et dirigée par des ressortissants étrangers.

---

décret, une instruction a été élaborée par la Direction des Finances Extérieures (V. El-Moudjahid du 29 Juillet 1972). Elle définit la personne morale étrangère comme «toute société, association ou établissement dont le siège social est situé en Algérie, mais dont le pouvoir de direction, d'orientation et de contrôle est exercé par des non-nationaux, en vertu de la répartition du capital». Etant donné cette similitude, l'interprétation de l'article 19 de l'ordonnance du 3 Décembre 1971 vaudra donc également pour la définition contenue dans cette instruction.

Mais il n'y a pas que la législation qui est ainsi à l'origine du succès que connaît le système du contrôle. La jurisprudence semble l'avoir consacré également.

§ 2 - LE DEVELOPPEMENT JURISPRUDENTIEL DU CRITERE DU CONTROLE -

C'est essentiellement à travers une évolution de la jurisprudence de la Cour d'Alger, intervenue en matière de privilège de juridiction, qu'une tendance favorable au critère du contrôle s'est dessinée. Invoqué conjointement avec le siège social dans une première décision (A), il prévaut, bien que de façon implicite, dans un arrêt plus récent (B).

A) - Le privilège de juridiction et l'utilisation conjointe du siège social et du contrôle -

Une fois de plus, les magistrats ont eu à se pencher sur la célèbre affaire de la Caisse Centrale de Réassurance des Mutuelles Agricoles.

Etabli statutairement à Alger dès la création en 1907 de cette personne morale, le siège social n'a d'abord subi aucune modification quant à sa localisation, même après l'accession de l'Algérie à la souveraineté.

Par suite de la déclaration comme biens de l'Etat des exploitations agricoles appartenant à des étrangers (1) et de l'intervention corrélative de l'arrêté du 16 Octobre 1963 du Ministre de l'Agriculture prônant la dissolution du conseil d'administration de la Caisse Centrale et nommant des administrateurs provisoires, le domicile social a été, de façon illégale, transféré à Paris le 12 Novembre 1963 par l'ancien organe de direction. On se trouvait à partir de ce moment en présence de deux organes - l'un installé à Alger et l'autre dans la capitale française - revendiquant chacun le pouvoir de représenter la Caisse Centrale de Réassurance (2).

A cet effet, les administrateurs provisoires d'Alger saisirent le Tribunal de Grande Instance de la Seine en vue de lui faire juger que le transfert du siège social était inopérant, que du fait de leur désignation par arrêté ministériel ils avaient seuls qualité pour représenter la personne morale et que l'ancien conseil d'administration devait leur restituer tous les biens sociaux. Par un jugement du 23 Juin 1965 (3) cette juridiction a considéré que la Caisse Centrale n'avait jamais cessé d'être française et que le transfert de son domicile rue de Monceau à Paris était régulier.

Mais, quelque temps avant le prononcé de cette décision, une autre instance - fondée sur les mêmes motifs et entre les mêmes parties - avait été introduite par l'organisme algérien devant le Tribunal de Grande Instance d'Alger. Avant toute défense au fond, les administrateurs révoqués demandèrent le renvoi de l'affaire devant le Tribunal de grande instance de la Seine : non seulement parce

---

(1) - Décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963, J.O.R.A du 4 Octobre 1963, p. 1015.

(2) - Pour une analyse plus détaillée des faits, V. Supra, p. 49 et s.

(3)- Trib, Gde. Inst. Seine, 1ère Ch. 23 Juin 1965, GP 1965-2-400.

qu'il est celui de leur domicile et qu'ils ont la nationalité française, mais aussi parce que l'instance engagée par la Caisse Algérienne devant la juridiction française impliquait sa renonciation à se prévaloir des dispositions de l'article 14 du Code Civil en vigueur en Algérie.

Par un jugement en date du 9 Juillet 1965 (1) le Tribunal de Grande Instance d'Alger a estimé que si la Caisse Algérienne était, en principe, en raison de sa nationalité, en droit d'attraire des étrangers devant la justice algérienne, elle y avait en l'espèce implicitement renoncé en saisissant, en premier lieu, du même litige une juridiction française. Il s'est cependant déclaré incompétent non point à l'égard de toutes les personnes assignées, mais uniquement à l'égard du «prétendu conseil d'administration» qui seul avait été poursuivi devant le tribunal étranger.

Ce jugement fit l'objet de deux contredits : le premier formé par les défendeurs soutenant que, s'agissant d'une cause indivisible entre un conseil d'administration et ses membres, le Tribunal de Grande Instance d'Alger aurait dû se déclarer incompétent à l'égard de tous ; le second formé par les demandeurs reprochant au jugement d'avoir «oublié» que les articles 14 et 15 du code civil lui conferait le droit de plaider en Algérie et que le lieu de situation du siège social déterminait la compétence en matière de société, le critiquant, enfin, d'avoir pris en considération la procédure engagée à Paris.

La Cour d'appel d'Alger, par son arrêt en date du 15 Décembre 1965 (2), décide que le Tribunal de Grande Instance d'Alger est compétent à l'égard de toutes les parties en cause. Au-delà du fait qu'elle ait refusé de considérer la saisine de la juridiction française comme une renonciation à se prévaloir du bénéfice des articles 14 et 15 du Code Civil, parce que cette renonciation n'était pas faite «sciemment et librement», ce qui retiendra surtout notre attention, c'est de savoir sur quel critère elle s'est fondée pour attribuer la nationalité algérienne à la Caisse Centrale de Réassurance et pour lui reconnaître par là même le droit d'invoquer le privilège de juridiction. A ce propos, le moins que l'on puisse dire est que la solution à laquelle est parvenue la Cour d'Appel d'Alger est loin d'être satisfaisante, tellement sa motivation paraît entachée d'équivoque.

En effet, estime-t-elle dans son principal attendu, «en l'état des arrêtés du Ministre Algérien de l'Agriculture et en particulier de celui du 16 Octobre 1963 (motivé par la nécessité de faire administrer la Caisse par des organes émanant des employeurs et salariés dépendant des Caisses Régionales et par un souci de protection des intérêts des assurés et de sauvegarde des mutuelles)... il faut

---

(1) Inédit.

(2) Voici cet arrêt inédit :

LA COUR : Attendu que l'expédition du contredit du 13 Juillet 1965 figurant au dossier, délivrée conformément à l'article 169 du code de procédure civile porte que cette voie de recours a été formée par Frédéric VOILLEY et 18 autres personnes parmi lesquelles ne figurent ni SMATI ABDELKADER ni OUAZZANI Hadj Abdesslem ; que Me BEREAUD expose qu'il s'agit là d'une erreur matérielle ; qu'il produit un exploit de dénonciation du contredit par acte du Palais du 15 Juillet 1965 où figurent sous les n.s 20 et 21, les deux sus-nommés pour lesquels il est constitué ; qu'il échet de lui en donner acte ainsi qu'il le requiert ;

considérer qu'en droit interne algérien, la Caisse dont le siège s'est trouvé ainsi maintenu à Alger, et la direction confiée à des Algériens est devenue une personne morale algérienne...; qu'étant une personne morale algérienne, la Caisse Algérienne était donc en principe fondée à se prévaloir du privilège de juridiction».

Il serait téméraire de dire quel est de ces deux critères simultanément employés celui auquel l'arrêt du 15 Décembre 1965 donne réellement sa préférence. Pour reconnaître la nationalité algérienne à l'organisme d'assurance dans le but de lui accorder le privilège de juridiction, il fait, d'une part, appel au système du siège social en se référant expressément au maintien de sa localisation sur notre territoire. Mais cela ne l'empêche pas de recourir, d'autre part, au critère du contrôle. Car s'il n'en était pas ainsi, on ne verrait pas quelle autre raison le pousse à tant insister sur l'importance de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1963 - qui a eu essentiellement pour objet de dissoudre l'ancien conseil d'administration - et surtout sur le fait que la Caisse Centrale soit désormais dirigée par des ressortissant algériens.

Sans avoir besoin de s'attarder outre mesure sur l'analyse de cette décision, on peut donc considérer que c'est une utilisation cumulative du siège social et du contrôle qui semble en ressortir. Pour voir l'orientation de la Cour d'Alger se préciser en faveur du dernier critère, il faut attendre son arrêt du 12 Février 1969.

B) - Le privilège de juridiction et l'utilisation implicite du contrôle -

La société Edouard DUBOIS assigne la société métallurgique d'El Alia (SOMEL) devant le Tribnal d'Alger, section commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer le montant d'une dette avec les intérêts de droit. Se fondant sur les articles 14 et 15 du Code Civil français, la défenderesse soulève une exception d'incompétence des tribunaux algériens.

Attendu que les formalités prescrites par l'article 169 du Code de Procédure Civile ont été observées ;

Attendu qu'en 1907 a été créée la Caisse Centrale de Réassurance des Mutuelles Agricoles, Société de Réassurances Mutuelles Agricoles de garantie et de fédération entre les Caisses Régionales ; que son siège était statutairement fixé à Alger ; qu'après l'indépendance de l'Algérie, et le décret du 1er Octobre 1963 déclarant bien de l'Etat Algérien les exploitations agricoles appartenant à des personnes ne jouissant pas de la nationalité algérienne, son conseil d'administration a été dissous par arrêté du Ministre de l'Agriculture du 16 Octobre 1963 nommant en outre trois administrateurs provisoires ; que d'autres actes réglementaires sont intervenus par la suite pour modifier encore les organes de direction, et notamment un arrêté du 23 Janvier 1964 mettant fin à compte du 20 Janvier 1964 aux fonctions des trois administrateurs initialement nommés ; que cependant, le conseil d'administration décidait, le 12 Novembre 1963, nonobstant ces arrêtés, de transférer à Paris le siège de la Caisse ; qu'ainsi s'opposent d'une part, les organismes nouveaux créés à Alger ci-dessous appelés Caisse Algérienne pour la commodité de l'exposition et les organismes anciens, établis en France, ci-dessous appelés défendeurs, pour la même raison qui de part et d'autre prétendent être les seuls continuateurs légitimes de la Caisse originaire et seuls pouvoir appréhender ses biens ;

Attendu que les défendeurs ayant obtenu le 10 Décembre 1963 du juge des référés de la

Seine une ordonnance les autorisant à retirer de divers établissements financiers de Paris des titres et fonds déposés au nom de la Caisse Centrale, la Caisse Algérienne, a formé par exploit du 26 Décembre 1963, tierce opposition à cette ordonnance, demandant sa rétraction et, subsidiairement, le séquestre des biens litigieux ; mais que cette assignation, délivrée pour l'audience du 10 Janvier 1964, s'avère sans utilité en raison de l'exécution, avant cette date, de l'ordonnance attaquée, et de la prise de possession, par les défendeurs, des biens dont il s'agit ; que le référé fut en conséquence abandonné ;

Attendu que la Caisse Algérienne, toujours agissant par ses trois administrateurs provisoires, avait d'ailleurs saisi, au fond, le Tribunal de Grande Instance de la Seine par exploit du 27 Décembre 1963, sans toutefois déposer de placet, instance ayant pour objet de faire juger que la Caisse Centrale était devenue algérienne ; que son siège était resté à Alger, son transfert à Paris par des personnes sans qualité pour en décider étant inopérant ; que les trois administrateurs provisoires avaient seuls qualité pour la représenter et que le prétendu conseil d'administration siégeant à Paris serait tenu de leur restituer «tout bien de la Caisse Centrale dont il aurait disposé à compter du 1er Octobre 1963 ; que les dits administrateurs ont voulu mettre fin à cette instance par la signification suivant acte du Palais du 22 Février 1964, d'une déclaration de désistement signée par eux le 30 Janvier précédent ; désistement refusé par les défendeurs, et jugé par le Tribunal inopérant à l'égard de ces derniers parce qu'émanant d'administrateurs qui n'avaient plus de pouvoirs ; que la Caisse Algérienne n'ayant pas conclu, du moins pas conclu au fond, malgré signification de l'avenir la mettant en demeure de le faire, le Tribunal, par jugement contradictoire du 23 Janvier 1965, a considéré que la Caisse Centrale n'avait pas cessé d'être française et que le transfert de son siège rue de Monceau à Paris, ratifié par assemblée générale du 3 Juin 1963, était régulier ; que les trois administrateurs désignés à Alger n'avaient eu, à aucun moment, qualité pour la représenter en France ; qu'il les a déboutés de leur action et les a personnellement condamnés à payer à la Caisse Centrale 50.000 Frs de dommages-intérêts ; que, selon la Caisse Algérienne, cette décision aurait fait l'objet d'un appel, non encore vidé par la Cour de Paris, sans plus de précision ;

Attendu cependant qu'une autre instance a été introduite, en Algérie, par la Caisse Algérienne ; qu'en effet, suivant exploit de DALOZ Huissier de Justice à Paris du 12 Mai 1964 «LA CAISSE CENTRALE DE REASSURANCE DES MUTUELLES AGRICOLES, agissant poursuites et diligences de son Président demeurant 12 Bd Colonel Amirouche à Alger», a assigné devant le Tribunal de Grande Instance d'Alger, le «prétendu conseil d'administration de la Caisse Centrale de Réassurance des Mutuelles Agricoles, pris en la personne de son représentant apparent, en ses bureaux 65, rue de Monceau» à Paris et, à la même adresse, 25 personnes dénommées, étant précisé qu'elles étaient prises «en leur qualité prétendue de membres du conseil d'administration de la caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles ; pour obtenir leur condamnation conjointement et solidairement à la restitution pour notamment les motifs déjà déduits au soutien de la précédente assignation devant le Tribunal de Grande Instance de la Seine de «tous biens de la Caisse Centrale dont ils auraient disposé à compter du 1er Octobre 1963» ;

Attendu qu'avant toute défense au fond des défendeurs comparants (à l'exception de deux d'entre eux, de nationalité algérienne) ont demandé leur renvoi devant le Tribunal de Grande Instance de la Seine, qui est celui de leur domicile, faisant observer en outre que l'action n'était, en réalité, engagée que contre le seul conseil d'administration, puisque toutes les personnes assignées avec lui ne l'étaient qu'en qualité de membres du dit conseil, faisant état de leur nationalité française et invoquant les dispositions de l'article 15 du code civil français ; soutenant enfin que l'instance engagée par la Caisse Algérienne devant le Tribunal de Grande Instance de la Seine, instance entre mêmes parties et ayant le même objet, impliquait sa renonciation à se prévaloir des dispositions de l'article 14 du code civil en vigueur en Algérie ;

Attendu que le Tribunal, renvoyant à régulariser la procédure suivie sur des assignations délivrées en Avril 1965, prétendues connexes par l'une des parties et statuant sur la seule assignation du 12 Mai 1964, a considéré que si la Caisse Algérienne était, en raison de sa nationalité, en principe en droit d'attraire des défendeurs étrangers devant une juridiction algérienne, elle y avait, en l'espèce, implicitement renoncé en saisissant d'abord du même

litige le Tribunal de Grande Instance de la Seine, mais que seul le «prétendu conseil d'administration», ayant été attrait devant cette juridiction étrangère et non point les personnes actuellement assignées avec lui, celles-ci n'étaient pas fondées à se prévaloir d'une renonciation qui ne les concernait pas, bien qu'un «lien de connexité», existât, qu'il s'est, en conséquence, déclaré incompétent à l'égard du conseil d'administration mais compétent à l'égard des autres défendeurs ;

Attendu que ce jugement prononcé le 9 Juillet 1965 a fait l'objet de deux contredits : le premier formé le 9 Juillet 1965 par les défendeurs VOILLEY et 18 autres, reprenant les motifs présentés au soutien de leur déclinatoire de compétence et soutenant que, s'agissant d'une cause indivisible entre un conseil d'administration et ses membres, pris en tant que tels, le Tribunal aurait dû se déclarer incompétent à l'égard de tous, y compris ceux qui n'étaient pas Français ; le second formé par la Caisse Algérienne le 17 juillet 1965, critiquant le jugement pour avoir, d'une part, admis une exception de litis-pendance entre deux juridictions appartenant à des pays différents, et, d'autre part, pris en considération la procédure suivie à Paris alors que, si les trois administrateurs avaient perdu cette qualité quelques semaines après l'assignation et ne pouvaient dès lors se désister de leur action, il s'en suivait que la Caisse Centrale ne figurait plus à la procédure, reprochant aussi à ce jugement d'avoir «oublié», d'une part, que les articles 14 et 15 du code civil de l'Algérie lui donnaient le droit de plaider en Algérie ; d'autre part, que parmi les personnes assignées devant le Tribunal d'Alger, certaines, dont quelques-unes n'étaient pas françaises, n'avaient pas été assignées devant le Tribunal de la Seine ; enfin que, s'agissant «d'un litige en matière d'association, le lieu du siège social (fixé statutairement à Alger) déterminait la compétence ; et demandant, en conséquence à la Cour de désigner le Tribunal de Grande Instance d'Alger comme compétent à l'égard de tous les défendeurs ; que la Caisse Algérienne a aussi fait plaider qu'elle n'avait pas reoncé à son privilège de juridiction, ayant été obligée par les circonstances de saisir les juridictions de la Seine ;

Attendu que ces contredits sont réguliers et recevables en la forme ; qu'en effet les dispositions de l'article 169 du code de procédure civile ne cessent de recevoir application que dans les cas prévus par l'article 170 du même code et aussi dans la mesure où celles-ci sont exclues par la nature de la juriction revendiquée ; que dans le cas où celle-ci, étrangère (ce qui est le cas de l'espèce) serait reconnue compétente, seule le renvoi attributif prescrit par l'alinéa 6 de l'article 169 serait impossible, la Cour, valablement saisie par le contredit, devant alors se borner à renvoyer les parties à se mieux pourvoir ; que l'étroite connexité entre les deux contredits, enrôlés sous les numéros différents, conduit à les joindre et à y répondre par un seul et même arrêt ;

AU FOND : Attendu que le jugement attaqué n'a pas admis une exception de litispendance, mais ce qui est différent, une exception d'incompétence en raison de ce que la Caisse Algérienne aurait renoncé au privilège de juridiction qu'elle tenait des articles 14 et 15 du code civil de l'Algérie, lesquels ne sont pas d'ordre public ;

Attendu que le grief pris d'une violation des dispositions de l'article 59 al. 7 du code de procédure civile, outre qu'il suppose résolue la question de savoir si contrairement à ce qu'a admis le Tribunal de Grande Instance de la Seine, c'est irrégulièrement que le siège de la Caisse Centrale a été transféré à Paris, est contredit par les termes mêmes de l'assignation introductive de la présente instance, qui dénient expressément aux défendeurs attraits devant le Tribunal de Grande Instance d'Alger toute qualité à la direction de la Caisse Centrale et considère leurs agissements dont il demande réparation, comme des actes accomplis sans droit aucun ;

Attendu que les articles 14 et 15 du code civil sont devenus, mutatis mutandis loi interne de l'Algérie indépendante par l'effet de la loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962 ; qu'il s'en suit que la CAisse Algérienne d'une part, et les défendeurs d'autre part, s'opposent des privilèges de juridiction identiques ; que, dans ce conflit absolu de législation, la Cour de Céans, juridiction Algérienne, doit appliquer la loi algérienne permettant à un demandeur algérien de traduire une personne étrangère devant une juridiction de l'Algérie ;

Attendu, certes, que les défendeurs prétendent que la Caisse Centrale n'a jamais cessé d'être française, opinion qui a prévalu devant le Tribunal de Grande Instance de la Seine (lequel n'a d'ailleurs aucune force de chose jugée, actuellement au moins, en Algérie) ; mais

qu'en l'état des arrêtés du Ministre Algérien de l'Agriculture et en particulier de celui du 16 Octobre 1963 (motivé par la nécessité de faire administrer la Caisse par des organes émanant des employeurs et salariés dépendant des Caisses Régionales et par un souci de protection des intérêts des assurés et de sauvegarde des mutuelles), arrêté déféré par les défendeurs à la Cour Suprême pour annulation, mais qui ne peut être tenu pour une simple voie de fait, il faut considérer qu'en droit interne algérien, la Caisse dont le siège s'est trouvé ainsi maintenu à Alger, et la direction confiée à des Algériens, est devenue une personne morale algérienne (la question de savoir si elle s'identifie avec la Caisse Centrale originaire dont les défendeurs se prétendent au contraire les seuls représentants légitimes, ressortissants au fond même du litige) ; qu'étant une personne algérienne, la Caisse Algérienne était donc en principe fondée à se prévaloir du privilège de juridiction ;

Attendu que l'ajournement devant une juridiction étrangère crée une présomption de renonciation du demandeur algérien au bénéfice des articles 14 et 15 du code civil de l'Algérie ; mais à la condition qu'elle ait été faite sciemment et librement ; qu'en outre, le demandeur peut revenir sur sa renonciation à la condition d'en manifester valablement et sans équivoque la volonté avant que l'instance ne soit liée devant la juridiction étrangère qu'il a lui-même saisie ;

Attendu qu'en l'espèce l'introduction du référé a été manifestement imposée par l'urgence d'obtenir une décision ayant immédiatement effet en France, ce qui excluait tout recours utile à une juridiction algérienne dont la décision eut dû être suivie d'une procédure d'exequatur ; que la saisine du juge provisoire n'était donc pas libre ;

Attendu que devant le Tribunal de Grande Instance de la Seine et à s'en tenir à un point de vue strictement procédural, l'instance a été liée et le contrat judiciaire formé, malgré le désistement rapidement offert comme il a été dit plus haut, en raison probablement d'une part de ce que ce désistement était inopérant au regard des défendeurs qui le refusaient, dès lors qu'émanant d'administrateurs dont les pouvoirs étaient expirés et, d'autre part, de ce que la cessation des fonctions de ces administrateurs n'avait pas pour conséquence d'interrompre l'instance ; et que les défendeurs ont signifié leurs conclusions au fond et leur demande reconventionnelle avant que la Caisse Algérienne ait, le 8 Juin 1965, signifié les siennes tendant à faire déclarer le désistement valable et subsidiairement faire «supprimer» l'instance faute de demandeur» ;

Mais attendu que pour l'application des articles 14 et 15 du code civil de l'Algérie, et en l'espèce, il s'agit essentiellement de déterminer si, en fait, la Caisse Algérienne a librement saisi le Tribunal de Grande Instance de la Seine ; que les données de la cause ne permettent pas de l'affirmer ; qu'en effet cette saisine apparaît avoir procédé à la fois de la volonté «d'appuyer» la tierce opposition en référé (qui d'ailleurs en fait état) et de la nécessité (bien qu'à un degré moindre) de saisir aussi rapidement et utilement qu'il était possible les juridictions du pays où les intérêts que la Caisse Algérienne voulait sauvegarder étaient mis en péril ; que, outre ces considérations, l'absence de placet comme de toutes conclusions au fond (indépendamment même du désistement qui, en fait sinon en droit, n'est pas à cet égard dépourvu de signification) marquent, a postériori, que la Caisse Algérienne n'a pas saisi en toute liberté le Tribunal de Grande Instance de la Seine et qu'elle a renoncé à poursuivre devant lui son action au fond dès après sa déconvenue en référé ;

Attendu en conséquence que c'est à tort que le Tribunal de Grande Instance d'Alger s'est déclaré incompétent à l'égard du Conseil d'Administration établi à Paris ; qu'au surplus il apparaît impossible de distinguer entre l'action dirigée contre celui-ci et celle dirigée contre ses membres pris en tant que tels et assignés non point à leurs domiciles personnels, mais à son siège ;

Attendu qu'eu égard à la complexité de la matière, il échet de dispenser VOILLEY et consorts de l'amende prévue par l'article 169 du code de procédure civile, leur contredit n'apparaissant point inspiré par une intention dilatoire ;

PAR CES MOTIFS : LA COUR :

Dit que le Tribunal de Grande Instance d'Alger est compétent à l'égard de toutes les parties en cause et que le dossier, auquel sera jointe une expédition du présent arrêt, certifiée par le Greffier de la Cour, sera renvoyé par celui-ci au Greffier du Tribunal de Grande Instance d'Alger où l'instance sera continuée sur simple acte ;

Parce qu'elle a été, malgré tout, condamnée par un jugement du 8 Juin 1967 (1), la défenderesse interjette appel auprès de la Cour d'Alger. Dans son premier moyen - qui seul nous intéresse - la société appelante reproche au juge du premier degré «d'avoir rejeté l'exception d'incompétence soulevée par elle et opposé au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du code civil français qu'elle invoquait à l'appui de cette exception d'incompétence, les articles 10 et 11 du code de procédure algérien (2), inapplicables en l'espèce puisqu'il s'agit de deux sociétés françaises».

Tout en confirmant la compétence de la juridiction algérienne, la Chambre civile de la Cour d'Alger, par son arrêt en date du 12 Février 1969 (3), en modifie le fondement. Elle adhère à une solution diamétralement opposée à celle adoptée par le tribunal sur la question de savoir si la société Dubois - qui prétendait bénéficier du privilège de juridiction en Algérie du fait de l'implantation de son domicile - avait ou non la nationalité algérienne. Ce qui veut dire que bien qu'elle donne l'impression d'avoir essayé d'éluder ce problème, la juridiction d'appel ne l'a pas moins tranché en donnant implicitement la préférence au critère du contrôle.

Pour se déclarer compétent, le Tribunal d'Alger s'était d'emblée placé dans le cadre législatif algérien en faisant application en l'espèce des articles 10 et 11 du code de procédure civile. Mais, paradoxalement, au lieu de justifier le privilège de juridiction accordé à la société Dubois par la localisation de son siège social sur le territoire national, il avait préféré prendre en considération plutôt celle du domicile de la société Métallurgique ; puisque, après avoir rappelé le contenu des deux dispositions précitées, il s'était contenté d'affirmer «qu'il est constant et non contesté par les fournitures, prestations, et avances faites par la demanderesse ont eu lieu à l'occasion d'opérations effectuées en Algérie où la défenderesse reconnaît elle-même qu'elle avait un siège social».

C'est ce raisonnement que la Chambre Civile de la Cour d'Alger refuse de suivre. Contrairement à la juridiction du premier degré - et tout en se désintéressant de la recherche de l'allégeance politique de la société appelante -, c'est sur l'article 14 du code civil français qu'elle s'appuie pour trancher ce conflit de juridiction. «Attendu, considère-t-elle, que les nationaux sont libres de renoncer expressément ou tacitement au privilège de juridiction qu'il confère ; que la société Dubois a expressément opté pour la juridiction algérienne et stipulé, dans les conditions générales mentionnées dans ses factures, le recours obligatoire à cette juridiction ; que la société SOMEL n'a jamais protesté ni fait

---

Ainsi jugé et prononcé en audience publique, par la 1ère Chambre Civile de la Cour d'Appel d'Alger, le 15 Décembre 1965».

(1) - Trib. d'Alger, sect. com. 8 Juin 1967, Rev. Alg. 1969, p. 574.

(2) - A une petite différence près, ces dispositions du code de procédure civile algérien reprennent les articles 14 et 15 du code civil français : Art 10 : «tout étranger, même résidant en Algérie, pourra être cité devant les juridictions algériennes, pour l'exécution des obligations par lui contractées en Algérie avec un Algérien. Il pourra être traduit devant les juridictions algériennes pour les obligations par lui contractées en pays étrangers envers des Algériens» ;

Art 11 : «tout Algérien pourra être traduit devant les juridictions algériennes pour des obligations contractées en pays étranger, même avec un étranger».

(3) - Cour d'Alger, Ch. Civ. 3ème Sect. 12 Février 1969, Rev. Alg. 1969, p. 576.

des réserves sur cette clause». Autrement dit, par leur simple refus de se référer au privilège de juridiction dont bénéficient les nationaux et compte tenu du fait qu'ils n'ont construit leur raisonnement qu'en fonction du texte français - peu importe si la renonciation était oui ou non susceptible d'être qualifiée en l'espèce -, les magistrats d'appel laissent clairement entendre que même la société intimée ne peut pas prétendre à l'allégeance politique algérienne. Or comme son siège social se trouve localisé en Algérie, c'est donc nécessairement au critère du contrôle qu'ils ont fait appel pour lui attribuer ce caractère étranger. D'autant plus que l'expression «nationaux» français employée par l'arrêt est à elle seule suffisamment révélatrice.

CONCLUSION/ -

Devenue désormais inutile en ce qui concerne la détermination de la législation applicable à une société - puisque les intérêts de l'Etat et des tiers ainsi que diverses justifications se conjuguent pour imposer un territorialisme de principe -, la recherche de sa nationalité, qui ne peut véritablement aboutir que par l'utilisation du critère du contrôle, constitue en revanche un préalable à la jouissance des droits.

DEUXIEME PARTIE

LA CONDITION DE LA SOCIETE ETRANGERE

DEUXIEME PARTIE

LA CONDITION DE LA SOCIETE ETRANGERE

En dehors de la protection diplomatique, la nécessité de faire émerger la nationalité d'une société - problème déjà résolu - ne s'impose que sur le terrain de la jouissance des droits, dit aussi de la condition des étrangers.

Mais avant d'entrer dans le vif de ce sujet, il importe de se demander si l'attribution de certains droits à une société étrangère ne se trouve pas subordonnée à la reconnaissance par notre législation de sa personnalité morale.

La reconduction de la législation en vigueur au 31 décembre 1962 (1) inciterait plutôt à penser que la solution française devrait continuer à s'appliquer également en Algérie. Cette solution qui a été instituée par la loi du 30 Mai 1857 (2) veut que les sociétés étrangères par actions, autres que belges, ne sont habilitées, contrairement aux sociétés de personnes, à exercer une activité sur le territoire français que si leur personnalité a fait l'objet d'une reconnaissance qui revêt la forme d'un décret collectif bénéficiant à toutes les sociétés par actions d'un pays donné (3).

Divers facteurs viennent cependant s'opposer à la transposition pure et simple de ce système dans notre pays et commandent de suivre l'exemple des législations du reste du monde dans lesquelles la reconnaissance préalable de la personnalité morale n'existe plus (4).

Même si l'on voulait invoquer les dispositions de la loi précitée - et abstraction faite de la promulgation de nombreux décrets collectifs -, les sociétés étrangères agissant dans le champ d'application du droit pétrolier et du code des investissements seraient dispensées de toute reconnaissance puisqu'elles sont mises dans l'obligation de constituer des filiales de droit local (5).

Par ailleurs, la technique de la reconnaissance de la personnalité morale s'avère d'autant moins utile que le législateur exercer déjà un contrôle suffisamment efficace sur la société étrangère en subordonnant son établissement à une autorisation administrative (6).

---

(1) - Loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962, J.O.R.A. du 11.1.1963, p. 18 ; cette loi a été abrogée par l'ordonnance n.- 73-29 du 5 Juillet 1973, J.O.R.A. du 3 Août 1973, p. 678.

(2) - Loi du 30 Mai 1857 : «Art. 1er : les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois de l'empire.

Art. 2 : un décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article 1er».

(3) - Pour de plus amples développements et une critique de ce système, V. notamment : Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, *op. cit. p. 312 et s.*

(4) - V. J. HAMEL, le statut juridique et fiscal des sociétés étrangères, Bull. de la société de législation comparée, 1948, p. 779 et s.

(5) - V. Supra, p. 76 et s.

(6) - V. Infra, p. 125 et s.

Il ne faut pas oublier, enfin, que ce système ne semble avoir été instauré en France qu'en raison du peu de garanties qu'offraient à l'époque les législations de certains pays. Or «cet argument est aujourd'hui dépourvu de valeur compte tenu de l'évolution et du développement du droit des sociétés» (1) et des préoccupations relativement communes qui inspirent tous ceux qui l'élaborent dans le monde entier.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence n'a jamais, à notre connaissance, refusé à une société étrangère, même non établie sur notre territoire, le droit d'ester en justice en se fondant sur le défaut de reconnaissance préalable de sa personnalité morale ; une attitude inverse serait pour le moins incompatible ne serait-ce qu'avec le besoin impératif de l'Algérie de conclure de nombreux contrats internationaux (2)

Il semble donc permis d'affirmer que la jouissance des droits dont bénéficie la société étrangère n'implique nullement sa reconnaissance préalable. C'est dire qu'elle peut acquérir des biens, obtenir réparation du dommage résultant pour elle d'un délit ou d'un quasi-délit, donner et recevoir à titre gratuit... En un mot, elle est assimilée sur ce plan à l'entreprise algérienne.

Mais ce principe d'assimilation - qui trouve son origine dans une interprétation libérale de l'article 11 du Code civil par la jurisprudence française (3) tend à subir des tempéraments par la soumission de la firme étrangère a des mesures discriminatoires, tantôt favorables, tantôt défavorables. C'est précisément l'essentiel de cette condition particulière - commandée à la fois par l'incitation faite aux capitaux extérieurs de s'investir dans notre pays et aussi par la volonté de la puissance publique de contrôler ces investissements - qu'il conviendra de faire ressortir en étudiant cette condition de la société étrangère lors de son établissement (Titre I) et au cours de son activité (Titre II).

---

(1) - Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 316.

(2) - V. Supra, p. 14 et s.

(3) - Y LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, op. cit. p. 328.

TITRE I -

LA CONDITION DE LA SOCIETE ETRANGERE AU MOMENT DE SON ETABLISSEMENT

L'établissement d'une société étrangère sur le territoire national suppose avant tout la délimitation des cadres juridiques sous l'empire desquels cette activité est susceptible de s'exercer (S/ Titre I). Il nécessite d'aborder ensuite rapidement les obligations qui sont en principe communes à tous les cadres d'investissement et qui pèsent sur toute entreprise lorsqu'elle s'installe (S/ Titre II).

SOUS-TITRE I

LES DIFFERENTS CADRES JURIDIQUES D'ETABLISSEMENTS

Une personne morale d'allégeance politique étrangère a la possibilité de s'installer sous l'empire de trois régimes juridiques : celui du droit pétrolier (Ch. I), celui du Code des Investissements (Ch. II) et celui du droit commun (Ch. III). En fait, les deux premiers régimes qui sont exceptionnels ont tendance à représenter les domaines de prédilection de l'intervention des capitaux étrangers. L'interdiction de transférer des fonds qui résulte du cadre général (1) constitue certainement l'une des principales causes de sa régression. Ce qui justifie, par conséquent, le plan adopté.

(1) - V. Infra, p. 225 et s.

CHAPITRE I-

LE DROIT PETROLIER

L'importance stratégique des hydrocarbures dans la vie moderne n'a plus besoin d'être soulignée. D'abord source d'énergie utilisée à tous les niveaux de l'activité économique d'un pays, les hydrocarbures constituent par ailleurs une matière première de choix pour les industries pétrochimiques (1).

Paradoxalement, cette substance vitale, et dont la demande ne cesse d'augmenter au rythme de l'expansion économique, offre la fâcheuse particularité de ne pas être inépuisable. En effet, en raison de son caractère non reproductible, ses sources sont appelées à se tarir à plus ou moins longue échéance (2).

Ce sont ces données essentielles qui expliquent dans une large mesure le régime d'exploitation de cette richesse naturelle. Or, si l'élaboration de ce régime a, jusqu'à ces dernières années et sans grande contestation, relevé de la compétence exclusive des pays consommateurs, c'est-à-dire des pays développés, le phénomène de la décolonisation politique s'est notamment traduit par «la rebellion des pays exportateurs» (3), regroupés au sein de

---

(1) - V.J.M. SIMON, Une source d'énergie présente à tous les niveaux de l'activité économique d'un pays moderne, le Monde Diplomatique, Mars 1971 ; N. SARKIS, Pétrole et développement économique des pays arabes, Revue le Pétrole et Gaz Arabes, *n.- 68 du 16.1.72, p. 35 et s; J.LOYRETTE, le code pétrolier saharien, R.J.P.D.O.M - 1959, p. 243.*

(2) - Un expert pétrolier (A.H.TARIKI, coopération non exploitation, Rapport présenté au Colloque d'Alger du 20,21 et 22 Octobre 1971, sur le droit pétrolier et la souveraineté des pays), estime que : «tous les efforts entrepris dernièrement pour assurer des quantités suffisantes des différentes sortes d'énergie ont donné des résultats décevants. Les découvertes de résidus de pétrole et de gaz naturel dans la Mer du Nord, l'Indonésie, l'Australie et l'Aslaska ne sont pas rassurantes quant à l'avenir de l'industrie dans le monde. La consommation de produits pétroliers augmente actuellement de 8,5 % annuellement alors que cette proportion n'était que de 7,5 % durant les années 1960... Les experts estiment que le monde consomma durant les années 1970, 222 milliards de barils, ce qui représente la consommation mondiale totale durant les 110 dernières années depuis le forage du premier puits de pétrole en 1859 et le début de l'utilisation des produits pétroliers comme principale source d'énergie, jusqu'en 1969. Afin que le monde puisse continuer à utiliser les produits pétroliers dans les mêmes proportions qu'actuellement, avec les augmentations annuelles, il est nécessaire de découvrir, dans les vingts prochaines années, près de 700 milliards de barils. Ceci semble pratiquement impossible car la plupart des régions du monde ont été l'objet de prospections géologiques et de forages...» ; dans le même sens v. également : B.CARRERE, la décennie du pétrole, Jeune Afrique n.- 539 du 14 Mai 1971. Sur l'angoisse que suscite, dans un pays comme le Koweit, l'idée d'épuisement de ses réserves, cf. Le Songe et le Réveil, P.G.A. n.- 71 du 1er Mars 1972, p. 3.

(3) - M.ALVAREZ GARCILLAN, le grand triangle du pétrole, P.G.A. n.- 99 du 1er Mai 1973, p. 26.

l'O.P.E.P. (1), et donc par une remise en cause, plus ou moins radicale, de cette situation anormale.

Pour mettre en œuvre leur politique pétrolière, à laquelle ils assignent comme objectif prioritaire la recherche d'une indépendance énergétique, et accessoirement la réalisation de profits purement financiers (2), les pays consommateurs ont su trouver un auxiliaire précieux dans le système de la concession. C'est essentiellement cet instrument juridique qui a permis à ces pays d'exercer, par l'intermédiaire de leurs sociétés respectives, un contrôle quasi absolu sur l'exploitation des hydrocarbures recélés par le sous-sol de certaines nations ; ces hydrocarbures constituant bien souvent leur unique richesse.

C'est précisément ce même système de la concession qui représentait la pièce maîtresse du code pétrolier saharien (3), tel qu'il a été reconduit au lendemain de l'accession de notre pays à la souveraineté (4). Il est vrai que cette reconduc-

---

(1) - Sur l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole, consulter notamment : M.BENCHIKH, les instruments juridiques de la politique pétrolière en Algérie, th. Alger 1971, p. 323 et s; M.EL SAYED, l'organisation des pays exportateurs de pétrole : étude d'une organisation internationale pour la défense des intérêts privés des Etats, L.G.D.J. Paris, 1967 ; G.FISHER, l'organisation des pays exportateurs de pétrole, A.F.D.I. 1961 - 162.

(2) - cf. Infra, p. 206 et s.

(3) - Le «code pétrolier saharien» est constitué par un ensemble de textes dont voici les principaux :

– Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisation des hydrocarbures et au régime fiscal de ces activités dans les départements des Oasis et de la Saoura, J.O.R.F. du 28 Novembre 1958, p. 10526 ; Rectif J.O.R.F. du 19 Décembre 1958 p. 11428.

– Ordonnance n.- 58.1112 du 22 Novembre 1958 relative au transport en Algérie des hydrocarbures liquides ou gazeux provenant des gisements des Oasis et de la Saoura, J.O.R.F. du 23 Novembre 1958, p. 10536 ; Rectif. J.O.R.F. du 19 Décembre 1958, p. 11428.

– Ordonnance n.- 58.1113 du 22 Décembre 1958 relative au régime fiscal applicable en Métropole et dans les départements d'Outre-Mer aux distributions de bénéfices faites par les sociétés se livrant à la recherche, à l'exploitation ou au transport des hydrocarbures dans les départements des Oasis et de la Saoura, J.O.R.F. du 23 Novembre 1958, p. 10526.

– Ordonnance n.- 58.1200 du 11 Décembre 1958 relative au régime fiscal applicable en Algérie aux entreprises soumises aux dispositions du code pétrolier, J.O.R.F. du 12 Décembre 1958, p. 11171.

– D. n.- 59.1334 du 22 Novembre 1959 précisant les conditions d'application de l'Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.F. du 25 Novembre 1959, p. 11283.

– D. n.- 61.1045 du 16 Septembre 1961 approuvant une convention-type de concessions de gisements d'hydrocarbures liquides ou gazeux dans les départements des Oasis et de la Saoura, J.O.R.F. du 17 Septembre 1961, p. 8600.

– A. du 14 Février 1961 fixant certaines modalités d'assiette et de recouvrement de la redevance sur la production des hydrocarbures dans les départements des Oasis, et de la Saoura, J.O.R.F. du 17 Février 1961, p. 1780.

– A. du 16 Février 1962 fixant certaines modalités d'assiette et de recouvrement de l'impôt direct institué par l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.F. du 20 Février 1962, p. 1775.

Pour la liste complète de tous ces textes, cf. code pétrolier saharien, recueil éd. par l'Organisme technique de mise en valeur des richesses du sous-sol saharien, 1963, Alger.

(4) - En ce qui concerne les sociétés françaises, c'est en vertu des Accords d'Evian et plus

tion ne s'est faite qu'après que ce Code eût été soigneusement amputé de toutes dispositions qui eussent permis à la nouvelle puissance concédante, et à l'instar de l'ancienne, d'intervenir efficacement dans l'exploitation de ses propres ressources naturelles (1). C'est pourquoi, en dehors de la création de la société nationale Sonatrach le 31 Décembre 1963 (2), et qui doit être considérée comme la première importante manifestation de l'Algérie en vue de récupérer ses richesses minérales, cette période qui va de 1962 à 1965 se caractérise encore par la prédominance de l'ex-métropole dans notre industrie des hydrocarbures (3).

A cette ère de dépendance déguisée allait, s'imaginait-on alors, se substituer une ère de coopération véritable instaurée par l'Accord algéro-français du

---

particulièrement de la déclaration de principes sur la coopération pour la mise en valeur des richesses du sous-sol saharien du 19 Mars 1962, (cf. Code pétrolier saharien, op. cit. p. 3) que l'application du code pétrolier saharien a été reconduite en Algérie.

Mais la question s'était posée de savoir si cette reconduction conventionnelle était également opposable aux compagnies pétrolières non françaises exerçant alors une activité sur notre territoire.

Un auteur (M.BENCHIKH, op. cit. p. 111 et s) n'hésite pas à répondre par l'affirmative. Et il en tire comme conséquence que la modification du code pétrolier saharien en ce qui concerne l'impôt direct (55 % au lieu de 50 %) introduite par les Accords algéro-français du 29 Juillet 1965 (cf. Infra, p. 220 et s.) devait être étendue d'office même aux compagnies qui n'avaient pas l'allégeance politique française.

Cette thèse nous semble critiquable en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'effet relatif des conventions internationales. En réalité, si la déclaration de principes a pris soin de reconduire le code pétrolier saharien, qui avait d'ailleurs fait au préalable l'objet de multiples amputations (cf. Infra, p. 127, note 1), c'est uniquement pour empêcher le nouveau législateur de remettre unilatéralement en cause le régime de faveur dont les sociétés françaises étaient de loin les plus importantes bénéficiaires.

C'est dire que les autres sociétés n'étaient nullement concernées. Elles se voyaient appliquer le code pétrolier saharien non pas par l'effet des Accords d'Evian, mais plutôt par celui de la loi n.- 62.107 du 31 Décembre 1962 (J.O.R.A. du 31 Décembre 1962, p. 18), laquelle a reconduit toute la législation en vigueur à la veille de l'indépendance, à l'exception des dispositions contraires à la souveraineté. Ce point de vue se trouve suffisamment confirmé par le fait que le législateur a estimé nécessaire de promulguer l'ordonnance du 30 Décembre 1965 (cf. Infra, p. 220 et s.) afin d'aligner les sociétés non françaises sur les sociétés françaises en matière d'imposition directe. Sa confirmation résulte également du fait que le code pétrolier saharien soit encore applicable nonobstant la caducité des Accords algéro-français du 29 Juillet 1965 (cf. Infra, p. 129 et s.).

(1) - cf. M. SALAHEDDINE, les visées pétrolières françaises en Algérie à travers l'évolution des institutions et des textes, El Moudjahid des 23/24 et 25 Février 1971 ; V. également : P.G.A. n.- 48 du 16 Mars 1971, p. 22 ; Documents sur les relations entre l'Algérie et les sociétés pétrolières françaises, Annexe n.- 2, Alger, Mai 1971.

(2) - D. n.- 63.491 du 31 Décembre 1963, J.O.R.A. du 10 Janvier 1974, p. 23. Pour de plus amples développements sur la Sonatrach, cf. M.BENCHIKH, op. cit. p. 157 et s ; V. aussi : H.ZENATI, la «Sonatrach» première compagnie pétrolière du Tiers Monde, Jeune Afrique n.- 539 du 4 Mai 1971.

(3) - V. BENALY CHERIF, Historique de l'industrie des hydrocarbures algériens, El Moudjahid du 20 Mai 1971.

29 Juillet 1965 (1), et que l'on hésitait pas à considérer comme une importante contribution à l'amélioration des rapports existants entre pays producteurs et pays consommateurs (2).

Cet accord qui portait notamment création d'une association paritaire entre la société nationale Sonatrach et le groupe d'Etat français ERAP (3) - association coopérative représentant l'innovation majeure - reposait sur quelques principes de base : alors que l'Algérie consentait un régime fiscal privilégié aux sociétés françaises installées sur son territoire et garantissait le ravitaillement du marché français à des prix favorables, payables en monnaie locale, la France s'engageait, en contre partie, à apporter son aide à l'Algérie dans les efforts qu'elle allait déployer en vue de développer sa propre industrie pétrolière et, parallèlement, d'accélérer son industrialisation. Assistance qui devait se traduire par la relance de l'exploitation pétrolière - laquelle avait accusé une forte baisse au lendemain de l'indépendance -, par un apport technique et financier susceptible de permettre à l'Algérie de sortir du rôle passif de simple percepteur d'impôts pour accéder au rôle d'opérateur, et, enfin, par le développement sur notre territoire des activités de raffinage et de pétrochimie (4).

Il n'entre pas dans notre propos de nous attarder sur les causes de l'échec de cette coopération en matière d'hydrocarbures. Ce qui est certain, c'est que cette convention qui paraissait prometteuse au moment de sa signature, s'était complètement vidée de sa substance lors de sa mise en œuvre (5). Mais au-delà de la violation de cet accord et, plus tard, de l'inertie du gouvernement français à accepter de procéder, comme convenu, à la révision des prix de référence(6) et à la révision globale du traité (7), cette expérience a servi au moins sur un point. Elle a surtout montré combien il est illusoire de vouloir concilier le maintien de l'anachronique régime de concession et la volonté d'un pays producteur d'accéder directement à la gestion de ses richesses en hydrocarbures. Car l'intégration de l'industrie pétrolière à l'économie globale d'un

---

(1) - Pour une analyse plus détaillée de cet Accord, cf. notamment : M.BENCHICKH, op. cit. p. 219 et s; A.MEHANI, les accords pétroliers algéro-français, Rev., Alg. 1966, n.- 2, p. 267 ; pour une approche économique, v. M. BYE, Aide, commerce ou coproduction ? l'association coopérative et les accords pétroliers franco-algériens, in développement et civilisation, Décembre 1965, p. 39 et s.

(2) - V. M.BYE, vers l'association à la production et au développement mondial un exemple : Les accords franco-algériens, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers Monde, op. cit. p. 348 ; M.BENHIKH, op. cit. p. 273.

(3) - Outre les développements que lui consacre M.BENCHEIKH, op. cit. p. 229 et s, on pourra également consulter : S.A GHOZALI, l'association coopérative algéro-française, ses buts, son bilan, ses perspectives, Rev. Alg. 1969, t. I, p. 165 ; J.J. BURGER. l'association coopérative algéro-française... son fonctionnement, Rev. Alg. 1969, t. I p. 173.

(4) - V. étude anonyme : Pétrole : trois ans de coopération algéro-française, El Moudjahid du 14 Décembre 1968.

(5) - Ibid ; v. également : BENALYCHERIF, op. cit.

(6) - Sur cette notion, cf. infra, p. 211 et s.

(7) - V. notamment : J.J.BERREBY, une conjoncture favorable à la révision des accords de 1965 avec la France, le Monde Diplomatique, Septembre 1970 ; Documents sur les relations entre l'Algérie et les sociétés pétrolières françaises, op. cit. p. 18 et s.

pays, telle qu'elle a été préconisée par une importante résolution de l'O.P.E.P.(1), ne constitue qu'un leurre tant que ses ressources naturelles sont exploitées par des sociétés étrangères «qui établissent leurs plans et mènent leurs activités indépendamment des besoins de développement national des pays hôtes» (2).

L'Algérie, qui rejette violemment tout rôle de «sleeping partner» (3), était d'autant plus décidée à introduire des transformations radicales et à exercer une souveraineté effective sur l'exploitation de tous ses hydrocarbures que l'accord conclu le 19 Octobre 1968 avec la société américaine Getty Oil Compagny (4) avait non seulement fortement ébranlé le régime de la concession, mais avait par là même «sonné le glas des privilèges pétroliers français» (5).

Aussi, outre qu'elle a eu pour résultat de parfaire l'opération de récupération de nos ressources naturelles (6) et de rendre caduque l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 (7), la récente intervention législative a généralisé, après l'avoir

---

(1) - Il s'agit de la résolution XX.113 adoptée par la XXème conférence Ministérielle de l'OPEP, qui s'est tenue du 24 au 26 Juin 1970 à Alger, et rédigée comme suit :
«La conférence,
«En application de la résolution XVI.90,
«Vu les efforts entrepris par les pays membres pour mettre en valeur leurs ressources naturelles,
«Vu le rôle primordial que les hydrocarbures doivent jouer dans la restructuration, la diversification et la croissance des pays membres,
«Etant donné que les pays producteurs ne tirent pas, sous les régimes actuels d'exploitation, de leurs richesses en hydrocarbures, tous les bénéfices auxquels ils ont droit,
«Souligne la nécessité de l'intégration complète de l'industrie pétrolière aux économies nationales des pays membres moyennant la création systématique des liens entre le secteur des hydrocarbures et les autres secteurs économiques,
«Demande à la commission économique d'entreprendre une étude d'ensemble ayant pour but la définition des voies et des moyens propres à assurer l'intégration effective de l'industrie pétrolière au sein des économies des pays membres, étant entendu que ces voies et ces moyens doivent tendre au développement, à l'intérieur des pays membres, des activités en aval (de production) ainsi que des autres activités se rapportant directement ou indirectement au secteur des hydrocarbures, et ce dans tous les cas où cette intégration n'a pas encore été effectuée. L'étude visée devait notamment avoir pour objet les mesures propres à assurer le rapatriment dans les pays membres d'une part adéquate de produits de vente provenant de l'exploitation de leurs hydrocarbures au cas où les accords en vigueur ne comportent pas d'obligation relative à un tel rapatriement», résolution citée par N.SARKIS, Pétrole et développement économique dans les pays arabes, P.G.A. n.- 68 du 16 Janvier 1972, p. 24
(2) - Ibid.
(3) - BELAID ABDESSLAM, Ministre de l'Industrie et de l'Energie, cité par M.C. Notre pétrole, El Moudjahid du 5 Avril 1968.
(4) - cf. Infra, p. 212 et s.
(5) - Le Monde, 18/19 Avril 1971.
(6) - Bien avant les sociétés françaises, d'autres compagnies, américaines pour la plupart, ont été, d'une façon ou d'une autre, nationalisées.
(7) - V. dans le même sens : A.MAHIOU, chronique de droit algérien, Annuaire de législation française et étrangère, 1971, p. 10 ; pour un essai d'explication de la caducité de cette convention internationale par le fait d'un acte législatif unilatéral, V. M. BENCHEIKH, op. cit., p. 201 et s.

quelque peu renforcé, le système d'exploitation inauguré par la convention Sonatrach-Getty.

Au terme de cette intervention, deux activités essentielles se trouvent désormais complètement soustraites à toute influence étrangère. En effet, par la technique de la déclaration de propriété exclusive de l'Etat et par celle de la nationalisation, le législateur a décrété au profit de la puissance publique un monopole aussi bien des hydrocarbures gazeux (1), que de tous les moyens de transport par pipelines (2).

En revanche, s'agissant des hydrocarbures liquides, le législateur qui a fait appel à un procédé de récupération inconnu jusque-là s'est contenté, par la célèbre ordonnance n.- 71.11 du 24 Février 1971 (3) et par l'ordonnance

---

(1) - Ord. n.- 71.8 du 24 Février 1971 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature des sociétés, filiales ou établissements connus sous la raison sociale, la règle ou la dénomination de la société d'exploitation des hydrocarbures de Hassi R'Mel (S.E.H.R.) et l'ensemble des intérêts miniers détenus par toutes sociétés dans les concessions de Nord d'In-Aménas, Tin Fouyé Sud, Alrar Est, Alrar Ouest, Nezha Est, Bridès, Toual, Rhomde Chaff et Rhomonde Adra et les intérêts miniers relatifs au gaz provenant des gisements de Gassi Touil, Rhomde Nord, Nezha Est, Zarzaïtine et Tiguentourine, J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 226; Ord. n.- 71.3 du 24 Février 1971 déclarant propriété de l'Etat les gaz associés aux hydrocarbures liquides issus de tous gisements d'hydrocarbures situés en Algérie, J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 227. A propos justement du gaspillage des gaz associés par les sociétés étrangères, un auteur (G.ALTUVE Willums, perspectives de l'industrie des hydrocarbures au Vénézuéla dans le cadre de la législation récente, rapport présenté au Colloque d'Alger des 21/22 et 23 Octobre 1971, sur le droit pétrolier et la souveraineté des Etats) estime que : «depuis 50 ans que dure l'exploitation du pétrole au Vénézuéla et en dépit des progrès réalisés dans l'industrie du gaz et des mesures de conservation, 500 milliards de m3 de gaz environ ont été brûlés, soit 55 % de l'ensemble du gaz associé produit. La valeur thermique de cette masse équivaut à quelque 450 millions de m3 de pétrole ; en d'autres termes, sur 9 barils produits, un a été perdu». Ce qui a conduit également le législateur vénézuélien, conclut-il, à promulguer au mois d'Août 1971 une loi déclarant l'industrie du gaz propriété de l'Etat.

Sur le rôle du gaz dans l'économie algérienne, V. Développement de l'industrie du gaz en Algérie, P.G.A. n.- 72 du 16 Mars 1972, p. 22; V. également : étude anonyme : à propos de la politique algérienne en matière de gaz naturel, Légendes et Réalités, El Moudjahid du 14 Mars 1967 ; G.DESTANNE DE BERNIS, la contribution du gaz au développement économique de l'Algérie, P.G.A. n.- 104 du 16.7.73. p. 21.

(2) - Ord. n.- 71.10 du 24 Février 1971 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature des sociétés SOPEG, SOTHRA, TRAPES, des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature de la CREPS, dans la société TRAPSA et des canalisations dites «P K 66 Aménas Méditerranée à Ohanet» et «Hassi R'Mel - Haoud El Hamra», J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 227.

En ce qui concerne l'oléoduc In-Aménas - La Skhina, seul le tronçon situé en territoire algérien (soit le tiers environ de la canalisation) fait l'objet de la nationalisation ; le tronçon situé en territoire tunisien devient propriété exclusive de l'ERAP (cf. l'accord Sonatrach-ERAP, P.G.A. n.- 67 du 1er Janvier 1972, p. 26).

(3) - Ord. n.- 71.11 du 24 Février 1971, portant nationalisation partielle des biens parts, actions, droits et intérêts de toute nature dans les sociétés CFP (A), CREPS, PETROPAR, SNPA, SN REPAL, COPAREX, OMNREX, EURAFREP, FRANCAREP, J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 228.

n.- 71.23 du 12 Avril 1971(1), de nationaliser partiellement les sociétés françaises, de sorte à permettre à l'Algérie d'acquérir une participation majoritaire dans le capital de chacune des compagnies étrangères opérant sur son territoire.

Mais aussi importantes soient-elles, ces mesures n'auraient pas été suffisantes si l'œuvre législative n'avait pas été parachevée par la promulgation - en ce qui concerne le régime d'exploitation - d'un texte d'une portée considérable et dont les répercussions franchissent déjà les frontières de nombreux pays producteurs(2). En effet, bouleversant les fondements du code pétrolier saharien, sans aller cependant jusqu'à l'abroger complètement (3), l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (4) institue un système très original de recherche et d'exploitation des hydrocarbures liquides. Cette nouvelle formule d'exploitation présente le grand avantage de sauvegarder la souveraineté et les intérêts du pays propriétaire de gisements, en même temps qu'elle «laisse la porte ouverte à la coopération fructueuse avec les entreprises étrangères» (5). En effet, tout en écartant ces dernières du bénéfice d'un titre minier, lequel était susceptible dans la conception classique de les faire accéder au domaine minier (Section I), le nouveau code les incite à exercer une activité de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures liquides, à condition qu'elles consentent d'insérer cette activité dans une association mixte (Section II).

SECTION I/ - LA SOCIETE ETRANGERE NE PEUT PLUS BENEFICIER DE L'ATTRIBUTION D'UN TITRE MINIER -

En raison de la place qu'occupent les hydrocarbures dans la vie d'une nation, la législation pétrolière, même des pays d'essence libérale, se caractérise par un

---

(1) - Ord. n - 71.23 du 12 Avril 1971 portant nationalisation partielle des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature dans les sociétés SOPEFAL et CFP (A), J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

(2) - cf. Infra, p. 159 et s.

(3) - Tout en constituant à présent le texte fondamental dans le domaine des hydrocarbures liquides, l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 n'en a pas pour autant entièrement abrogé le code pétrolier saharien. Son maintien se trouve notamment corroboré par les diverses modifications intervenues (V. Ord. n.- 71.24 du 12 Avril 1971 modifiant l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisation des hydrocarbures et au régime fiscal des activités, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367; Décret n.- 71.100 du 12 Avril 1971 portant modification de la convention type de concession de gisement d'hydrocarbures liquides ou gazeux approuvé par le décret n.- 61.1045 du 16 Septembre 1961, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 370). Comme le législateur s'est gardé d'énumérer les dispositions du code pétrolier saharien qui sont abrogées, il nous reviendra d'essayer de les découvrir à travers l'incompatibilité qu'elles présentent avec la nouvelle législation.

(4) - Ord. n.- 71.22 du 12 Avril 1971 définissant le cadre dans lequel s'exerce l'activité des sociétés étrangères dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366; V. Annexe I.

(5) - Etude anonyme, analyse de l'accord Sonatrach-CFP, P.C.A. n.- 56 du 16 Juillet 1971, p. 20

interventionnisme poussé (1). Ceci se remarque notamment au stade de la création de l'entreprise pétrolière, laquelle n'est possible que si l'investisseur a préalablement obtenu une autorisation administrative lui permettant d'accéder au domaine minier.

Sous l'empire du seul code pétrolier saharien, toute compagnie qui désirait rechercher et, éventuellement, exploiter des hydrocarbures, devait commencer par solliciter l'un de ces titres miniers dont la concession n'était que l'aboutissement. Mais si cette attribution privée du domaine minier saharien (Sous-Section I) n'a pas empêché l'ancienne puissance concédante d'exercer pleinement ses prérogatives, elle ne permettait pas à l'Algérie, du fait de ses moyens réduits et de la réticence des sociétés étrangères, de contrôler souverainement l'exploitation de son sous-sol. C'est pourquoi l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 a aboli cet ancien système. Pour permettre à l'Etat de gérer directement ses ressources naturelles, elle a instauré une attribution purement publique, consistant à faire de la société nationale Sonatrach l'exclusif bénéficiaire des titres (Sous/Section II).

SOUS-SECTION I
LE CODE PETROLIER SAHARIEN ET L'ATTRIBUTION PRIVEE DES TITRES MINIERS

Toute entreprise étrangère qui souhaitait opérer dans le domaine minier algérien était tenue, conformément aux dispositions du code pétrolier saharien, de solliciter au préalable soit un titre de prospection (§ 1), soit un titre de recherches (§ 2), soit un titre d'exploitation (§ 3). La rigidité de cette classification entre la phase de recherche et la phase d'exploitation était telle que la société titulaire de l'un de ces permis ne pouvait, sans enfreindre la loi, se livrer à l'activité autorisée par l'autre.

§ 1 – L'ATTRIBUTION DE L'AUTORISATION DE PROSPECTION -

En dehors du permis exclusif de recherche (2), une société, même lorsqu'elle était propriétaire de la surface, n'était admise à entreprendre des travaux de prospection qu'en vertu d'une autorisation de prospection (3).

Mais, en raison de l'inconsistance des droits que ce permis conférait (4), c'étaient surtout des considérations économiques qui pouvaient inciter une

---

(1) - Sur cet aspect, v. notamment : D.MURAT, l'intervention de l'Etat dans le secteur pétrolier en France, Paris, éd. technique, 1969 ; J.RUSSO le statut administratif de l'entreprise de recherche et d'exploitation minière, LGDJ, 1959, notamment p. 313 et s.

(2) cf. Infra, p. 133 et s.

(3) V. Art. 1, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(4) A l'opposé d'un titulaire d'un permis de recherche, la société qui jouissait d'une simple autorisation de prospection n'avait pas un droit exclusif de prospecter sur une parcelle déterminée, ne pouvait pas entreprendre de travaux de forages, de recherche et ne pouvait prétendre, de plein droit, à l'obtention d'un titre d'exploitation (Art. 2, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.).

entreprise à demander le bénéfice d'un tel titre (1) ; puisque l'autorisation de prospection ne lui permettait, moyennant des investissements relativement mineurs, que de recueillir, notamment par l'utilisation de méthodes géophysiques, des indications sommaires sur les zones prospectées (2). C'est dire que l'intérêt pratique de ce titre, dont la fragilité explique d'ailleurs la désuétude, se réduisait essentiellement à la délimitation des périmètres intéressants et à la demande d'un permis exclusif de recherche portant sur ces parcelles.

§ – 2 - L'ATTRIBUTION DU PERMIS EXCLUSIF DE RECHERCHE -

L'activité de recherche revêt une portée considérable, dès lors que ce sont ses résultats qui conditionnent la vie même de l'entreprise pétrolière. Pour préciser son objet, il nous suffira de dire, avec un auteur (3), que la recherche consiste non seulement à découvrir l'existence d'une catégorie donnée de minerai en un endroit déterminé, mais encore à quantifier l'importance du gisement et à en fixer ses limites. Dans une très large mesure, et partout dans le monde, le statut juridique de la recherche s'inspire profondément de deux données : la recherche est une entreprise aléatoire et elle exige la mise en œuvre de moyens financiers et techniques considérables. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que cette activité soit considérée comme le domaine essentiel de toute législation des hydrocarbures (4) et que le permis exclusif de recherche en constitue le titre minier fondamental (5). En effet, une fois que la recherche aura conduit à la découverte d'un gisement de pétrole exploitable, l'exploitation posera alors beaucoup moins de difficultés. Quoi qu'il en soit, ces facteurs expliquent aussi bien les obligations mises à la charge de la société attributaire d'un permis H (A), que les droits auxquels elle pouvait prétendre (B).

A - LES OBLIGATIONS DE LA SOCIETE ATTRIBUTAIRE D'UN PERMIS DE RECHERCHE -

Afin d'offrir à la puissance publique la possibilité d'écarter a priori toute entreprise jugée insuffisamment armée, le code pétrolier saharien (6) imposait à toute personne morale demanderesse d'un permis exclusif de recherche de justifier de capacités techniques et financières indispensables à ce genre

---

(1) - Au lendemain de l'accession de l'Algérie à la souveraineté, c'était l'Organisme technique de mise en valeur des richesses du sous-sol saharien, institué par la déclaration de principes du 19 Mars 1962, qui était habilité à conférer les autorisations de prospection. A partir de l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965, qui a consacré la disparition de cet organisme paritaire, c'est le ministère de l'Industrie et de l'Energie qui a pris la relève.

(2) - V. J.LOYRETTE, le statut de la recherche dans le code pétrolier saharien R.J.P.D.O.M., 1959, pp. 373 et 374.

(3) - J.RUSSO, op. cit. p. 180.

(4) - Ibid, p. 15.

(5) - J.LOYRETTE, op. cit. p. 402.

(6) - Art. 6, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

d'activité. S'agissant des principales sujétions qui devaient être assumées après l'attribution du titre, et dont l'inexécution pouvait être sanctionnée par un retrait (1), il importe de distinguer les obligations techniques des obligations financières.

1) - Les obligations techniques -

La compagnie étrangère titulaire d'un permis H était tenue «après toute découverte d'hydrocarbures liquides ou gazeux permettant de présumer l'existence d'un gisement commercialement exploitable, de poursuivre, avec le maximum de diligence, la délimination d'un tel gisement (2)». Pour effectuer ce travail, elle devait, selon l'article 20 du décret du 22 Novembre 1959 (3), se conformer aux directives de l'administration et appliquer à cette délimitation et à la mise en production des gisements les méthodes les plus confirmées. Ceci dans le but d'éviter toute perte d'énergie, d'assurer la conservation des gisements et de porter au maximum leur rendement économique en hydrocarbures liquides ou gazeux.

Dans un premier temps, l'administration algérienne qui était inexpérimentée, démunie de moyens, et dont les velléités d'intervention étaient annihilées par la composition paritaire de l'organisme saharien (4), s'était trouvée dans la quasi impossibilité de contrôler véritablement le respect de ces obligations. Mais lorsqu'elle s'est sentie en mesure de le faire, les compagnies ont bien souvent - et l'affaire de Zarzaitine peut être invoquée à titre d'illustration - refusé de se plier à ses instructions. En plus des hydrocarbures gazeux qu'elles gaspillaient (5), ces sociétés, dont le profit constitue la règle, ne se souciaient guère de la conservation des gisements découverts, établissant leur débit en fonction de critères extra-économiques.

2) - Les obligations financières -

L'entreprise qui se voyait octroyer un permis H, devait nécessairement consacrer aux recherches, pendant toute la durée du permis, un apport financier minimum (6) ; cette obligation étant en principe destinée à s'assurer que le périmètre attribué sera effectivement prospecté et à empêcher les compagnies pétrolières de monopoliser plusieurs permis et de les stériliser.

Là encore, les faits ont clairement démontré que ces sociétés qui n'ont pas hésité à investir d'importants capitaux avant l'accession de l'Algérie à la

---

(1) V. J.RUSSO, op. cit. p. 448 et s.

(2) - Art. 7, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(3) - Décret n.- 59.1934 du 22 Novembre 1959, précisant les conditions d'application de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(4) - Sur tous les problèmes découlant de l'inadaptation du code pétrolier saharien, cf. M.BENCHEIKH, op. cit. p. 9 et s.

(5) - cf. Supra, p. 130, note 1.

(6) - V. Art. 6, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

souveraineté (1), ont considérablement réduit leurs dépenses de recherche après l'indépendance (2). En vue de diversifier leurs sources d'approvisionnement, elles avaient tendance à effectuer de tels investissements dans d'autres pays avec les ressources financières tirées de notre propre sous-sol.

B - LES DROITS DE LA SOCIETE ATTRIBUTAIRE D'UN PERMIS DE RECHERCHE -

En dehors du droit au renouvellement de son titre (3), l'attributaire d'un permis H se voyait conférer le droit exclusif de prospection et de recherche, le droit de disposer des hydrocarbures extraits à cette occasion et, surtout, le droit à l'obtention automatique d'une concession.

1) - Le droit exclusif de prospection et de recherche -

Dans le but de garantir à la société permissionnaire la propriété d'une éventuelle découverte, compte tenu du fait qu'elle a consenti à investir d'importants capitaux dans une entreprise somme toute aléatoire, l'article 3 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958 la faisait bénéficier du droit exclusif d'exécuter, dans son périmètre, tous travaux de prospection et de recherche d'hydrocarbures. C'est cette exclusivité, lui permettant spécialement de faire des forages de puits, qui différencie le permis H de l'autorisation de prospection.

Mais les avantages offerts par ce titre de recherche apparaissent également à d'autres points de vue.

2) - Le droit de disposer des hydrocarbures extraits à l'occasion de la recherche -

En principe, comme le droit d'exploiter les hydrocarbures ne pouvait découler que d'un titre d'exploitation (4), on pourrait en déduire que le titulaire d'un simple permis de recherche ne pouvait disposer des produits extraits, ni pour son usage personnel, ni à des fins commerciales. Afin de remédier à la rigidité d'un tel système, le législateur conférait à la société étrangère attributaire d'un persmi H un droit de disposition sur les hydrocarbures extraits à l'occasion de ses recherches. Cette extraction devait conserver un caractère

---

(1) - V. R.BOUYSSOU, le régime minier du pétrole saharien, conférence prononcée le 23 Décembre 1958, Association Française de Techniciens du Pétrole, p. 4.

(2) - V. BENALYCHERIF, op. cit.

(3) - Accordé par décret, et pour une durée de cinq années (Art. 4, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958), le permis exclusif de recherche pouvait faire l'objet de deux prolongations successives de même durée. Mais la société permissionnaire subissait une réduction automatique de la moitié de son périmètre lors du premier renouvellement et du quart de la surface restante lors du deuxième renouvellement (Art. 8, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958).

(4) - cf. Infra, p. 136 et s.

purement accessoire par rapport à l'activité d'exploration (1).

3) - Le droit à l'obtention automatique d'une concession

Parmi les divers droits que le code pétrolier saharien reconnaissait à une société étrangère bénéficiant d'un permis exclusif de recherche, le droit à l'obtention automatique d'une concession était incontestablement le plus important (2). En effet, alors que l'administration pouvait se retrancher derrière son pouvoir discrétionnaire pour refuser une autorisation de prospection ou un permis exclusif de recherches, sa compétence était en revanche liée lorsque la demande de concession émanait d'une compagnie déjà titulaire d'un permis H et ayant mis à jour un gisement exploitable. Ce dernier titre minier ne représentait donc pour la société étrangère qu'un des plus sûrs moyens d'accéder à la situation d'exploitante.

§ 3 - L'ATTRIBUTION DES TITRES D'EXPLOITATION -

C'est parce qu'elle «consiste à exécuter tous travaux permettant de transformer la masse minérale formant le gîte, en minerai propre à être livré à l'industrie» (3), que la phase d'exploitation n'intervient qu'une fois découvert un gisement commercialement exploitable (4). Pour pouvoir s'adonner à une telle activité, la compagnie pétrolière devait solliciter de l'administration une autorisation provisoire d'exploiter (A) ou une concession (B) (5).

A/ L'autorisation provisoire d'exploiter -

L'autorisation provisoire d'exploiter (A.P.E.) qui, par hypothèse, n'avait une utilité qu'en dehors de la concession, permettait à la compagnie détentrice d'un permis H et n'ayant pas achevé l'opération de délimitation de son gisement (6), de procéder immédiatement, mais seulement pendant une période maximum de deux ans, à l'exploitation de ses puits et à la libre commercialisation de toute sa production (7). Dès lors qu'elle bénéficiait d'un permis H, une société pouvait certes disposer, en vue de satisfaire ses propres besoins, des hydrocarbures extraits au cours de ses recherches (8) ; un tel droit, cependant, ne

---

(1) - V. Art. 3, alinéa 2, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(2) - V. Art. 23, IBID.
(3) - J.RUSSO, op. cit. p. 181.
(4) - La notion de gisement commercialement exploitable est liée à la conjoncture pétrolière mondiale. C'est ainsi que, par suite de la rétention et de l'embargo décrétés par les pays arabes, un gisement de 3 millions de tonnes découvert en Tunisie et qui aurait paru dérisoire il n'y a pas bien longtemps, a été considéré comme exploitable.
(5) - cf. Art. 18, Ord. n.-58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(6) - Aux termes de l'Art. 7, Ord. n.-58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit., la demande de concession était subordonnée à la délimitation du gisement.
(7) - Art. 19, al. 1 ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(8) - cf. Supra, p. 133 et s.

l'autorisait ni à développer sa production, ni à la commercialiser ; sans compter que l'autorisation provisoire d'exploiter comportait d'office un complément indispensable à cette activité : le droit au transport (1).

Attribué de façon discrétionnaire par un arrêté du ministre de l'Industrie et de l'Energie, et retiré selon les mêmes formes (2), ce titre minier tire son originalité de son caractère accessoire. Démunie de toute autonomie juridique et ne constituant qu'«un appendice du permis H» (3), l'autorisation provisoire d'exploiter ne pouvait être sollicitée que par le titulaire de ce titre fondamental. C'est dire qu'elle devenait caduque à partir du moment où le permis exclusif de recherche cessait, pour une raison ou pour une autre, de produire ses effets.

Afin d'obtenir ce droit d'exploiter provisoirement, la société demanderesse, sans pouvoir prétendre à toutes les prérogatives résultant d'une concession, devait néanmoins se conformer aux conditions et aux obligations auxquelles était assujettie une entreprise concessionnaire, en application de l'ordonnance du 22 Novembre 1958 et de la convention type du 16 Septembre 1961 (4). Exclusion faite, toutefois, des conditions particulières à chaque concession et non susceptibles d'être imposées sous le régime de l'autorisation provisoire d'exploiter.

B/ - La concession -

La concession, qui est à l'origine de la puissance de tant de compagnies pétrolières et de l'appauvrissement de combien de pays producteurs, constituait le titre d'exploitation par excellence institué par le code pétrolier saharien (5). Cette situation se comprend aisément quand on voit le caractère dérisoire des obligations assumées par la société concessionnaire par rapport aux droits dont elle jouissait. D'autant plus que l'administration voyait son pouvoir d'appréciation réduit à néant lorsque la demande de concession émanait - ce qui était un cas quasi général - d'une société bénéficiant déjà d'un permis exclusif de recherche.

1) - Les obligations de la société concessionnaire -

En principe, nulle compagnie ne pouvait prétendre à la qualité de concessionnaire si elle n'était pas en mesure de justifier ses capacités techniques et financières. Mais ces dernières sont «réputées acquises au titulaire du permis H sur le périmètre duquel est situé le gisement faisant l'objet de concession» (6). Autrement dit, la puissance publique n'avait la possibilité de vérifier cette compétence et cette couverture financière qu'au cas où la demanderesse n'était attributaire - ce qui était extrêmement rare - que d'une

---

(1) - cf. Art. 42, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(2) - V. Art. 19, al. 2, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(3) - M.BENCHEIKH, op. cit. p. 68.
(4) - Art. 19, al 4, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.
(5) - Art. 18, al 1 et Art. 20 et s., Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958.
(6) - Art. 30, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

simple autorisation de prospection (1). Ce qui illustre bien qu'en dehors de la «royalty» qu'elle devait acquitter (2), la compagnie concessionnaire n'était essentiellement soumise qu'au respect de certaines obligations techniques imposées à elle par la convention-type du 16 Septembre 1961 (3).

2) - Les droits de la société concessionnaire -

Octroyée par décret et selon les conditions d'une convention annexée à cet acte institutif (4), la concession était génératrice de très nombreux droits dont il convient de signaler les plus importants.

Le titre de concession autorisait la société étrangère non seulement à exploiter en toute indépendance les gisements d'hydrocarbures découverts, mais également à commercialiser sa production à des prix dont la fixation échappait à toute influence de la puissance publique (5). Et, chose plus remarquable, ce permis lui était consenti pour une durée minimum de cinquante ans (6) ; à moins de se prévaloir des dispositions de l'article 35 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958 pour effectuer, moyennant une contre-partie financière, la mutation de sa concession.

Le code pétrolier saharien avait institué en outre un droit immobilier au profit de la compagnie concessionnaire (7), distinct du droit réel résultant de la propriété de la surface. Ce qui lui donnait licence, en se conformant aux conditions prévues par la convention-type, de l'hypothéquer.

Enfin, du seul fait que l'activité de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures nécessite de multiples emprise sur les propriétés superficiaires, la société étrangère concessionnaire se voyait armée de prérogatives exorbitantes du droit commun qui lui permettaient, le cas échéant, de vaincre la résistance des propriétaires du sol ; elle avait le pouvoir d'occuper les terrains utiles à son entreprise ainsi que le pouvoir de les acquérir par la voie de l'expropritation (8).

L'attribution de ces privilèges régaliens pouvait sans doute, en s'insérant dans le mouvement des «entreprises privées d'intérêt public» amorcé par le célèbre arrêt Vezia du Conseil d'Etat (9), trouver une justification théorique dans

---

(1) - cf. Supra, p. 132 et s. Cette rareté s'explique par le fait que la découverte du pétrole est dépendante du creusement d'un puits. Or, seul le permis exclusif de recherche conférait à la compagnie étrangère l'autorisation de procéder à des forages.

(2) - cf. Infra, p. 206 et s.

(3) - Approuvée par le décret n.- 61.1045 du 16.9.1961, J.O.R.F. du 17.9.1961, p. 8600. Rectificatif : J.O.R.F. du 4 Octobre 1961.

(4) - V. Art. 25/26 et 27, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(5) - V. Infra, p. 211 et s.

(6) - V. Art. 28, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(7) - V. Art. 22, Ibid.

(8) - V. Art. 55 à 61, Ibid.

(9) - C.E. 20 Décembre 1935, Etablissement VEZIA, R.D.P. 1936 - 136, Concl. LA TOURNERIE ; V. également : LONG, WEIL, BRAIBANT, grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1965, p. 230. Comme le montrent ces auteurs, l'éclatement de la notion de service public ne devait pas cesser de s'accentuer avec l'apport de plusieurs autres décisions du Conseil d'Etat : 18 Mai 1938, Caisse Primaire «Aide et protection», 31 Juillet 1942, MONTPEURT, 5 Mai 1944, compagnie maritime de l'Afrique Orientale...

l'ordonnancement juridique français (1). Mais il en allait tout autrement dans le système algérien. En effet, bien que leur action ait provoqué quelques retombées sur notre économie, pour l'essentiel, les compagnies concessionnaires avaient imperturbablement continué à servir le même intérêt public que celui qu'elles servaient avant l'accession de notre pays à la souveraineté, c'est-à-dire un intérêt public étranger.

Au terme de ce bref aperçu, la seule conclusion qui s'impose est que l'allocation privée des titres miniers, telle qu'organisée par le code pétrolier saharien, parce qu'elle ne permettait à l'administration d'exercer qu'un contrôle externe, aboutissait à la cantonner dans un rôle impuissant de gendarme désarmé. Prenant ainsi conscience qu'il ne pouvait y avoir de contrôle effectif sur l'exploitation des hydrocarbures sans une intervention directe de la puissance publique dans la gestion de ce domaine minier, le législateur a institué une attribution exclusivement publique des titres. Il a, de la sorte, implicitement aboli le système classique dont la pièce maîtresse était la concession.

SOUS-SECTION II
L'ORDONNANCE DU 12 AVRIL 1971 ET L'ATTRIBUTION PUBLIQUE DES TITRES MINIERS

L'ordonnance n.- 71-22 du 12 Avril 1971 définissant le nouveau cadre d'exploitation des hydrocarbures liquides (2), a mis un terme aux règles qui régissaient l'accès au domaine minier. Désormais, à l'exclusion de toute société étrangère, seule la société nationale Sonatrach peut se voir octroyer des titres miniers (§ 1). Mais bien que sa portée soit très limitée, une exception tempère actuellement ce principe fondamental : le protocole conclu le 19 Octobre 1968 entre l'Etat et la compagnie américaine Getty Pétroleum Compagny (3) permet à celle-ci d'être co-titulaire de certains permis (§ 2).

§ 1 - LE PRINCIPE : LA SONATRACH ATTRIBUTAIRE EXCLUSIF DES TITRES MINIERS -

L'aliéna 2 de l'article 1. de l'ordonnance du 12 Avril 1971 a introduit une innovation d'une importance capitale. Il énonce le principe selon lequel toute activité de recherche ou d'exploitation d'hydrocarbures liquides par une société étrangère ne peut, dorénavant, s'exercer «que sur des parcelles couvertes par des titres miniers attribués à la société nationale SONATRACH». Il ressort clairement de cette disposition que les différents permis donnant accès au domaine minier et institués par le code pétrolier saharien se trouvent main-

(1) - V. J.RUSSO, op. cit. p. 270.

(2) - Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 définissant le cadre dans lequel s'exercer l'activité de sociétés étrangères dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366; v. annexe I.

(3) - cf. Infra, p. 148 et s.

tenus (1) : au lieu d'être mis à la disposition soit d'une société privée, soit d'un organisme public, ils ne sont plus attribués qu'à la seule entreprise publique Sonatrach (2). Ce qui aura certainement pour conséquence sinon de supprimer, du moins d'atténuer amplement à l'égard de cette société nationale les conditions et les obligations qui s'imposaient aux compagnies titulaires de titres (3).

En dehors du cas particulier de la Getty Pétroleum Compagny (4), la mise en application de ce principe se remarque dans toutes les conventions d'établissement conclues depuis la promulgation de l'ordonnance du 12 Avril 1971 par l'Etat algérien avec des compagnies pétrolières étrangères. Que ce soit l'accord signé avec la C.F.P (5), avec Sun Oil Compagny (6), avec Hispanica (7) ou avec ERAP (8), c'est toujours la Sonatrach qui est l'attributaire de droit des titres de recherches et d'exploitation des hydrocarbures liquides. Il est vrai qu'elle apporte la plupart d'entre eux, en jouissance, à l'association mixte qu'elle constitue avec chacune de ces sociétés étrangères (9).

Cela dit, si cette attribution exclusivement publique des titres aboutit à remettre en cause l'ancienne méthode de gestion du domaine minier (B), elle n'apporte, en revanche, aucun changement en ce qui concerne sa propriété (A).

A/ - L'ATTRIBUTION PUBLIQUE DES TITRES N'APPORTE AUCUNE MODIFICATION QUANT A LA PROPRIETE DU DOMAINE MINIER -

Bien que le conflit qui lui a donné naissance ait trouvé une solution définitive, il n'est pas sans intérêt de se pencher sur le problème de savoir à qui revient la propriété d'un gisement pétrolier couvert par un titre. En d'autres termes, une société étrangère qui jouissait d'un titre de concession est-elle susceptible de revendiquer la propriété d'un gisement découvert par elle ? C'est précisément à propos des nationalisations partielles des actifs de certains compagnies pétrolières par les ordonnances du 24 Février 1971(10) que cette

---

(1) - Compte tenu de l'intérêt très limité de l'autorisation de prospection (cf. Supra, p. 132 et 133), on peut s'interroger sur la nécessité de maintenir ce mode d'entrée au domaine minier, dans le cadre de la nouvelle législation.

(2) - Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 31, in fine (Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.) l'organisme public auquel est accordée une concession ne bénéficie pas d'un régime plus favorable que celui d'un attributaire privé.

(3) - C'est ainsi, par exemple, que le décret n.- 71.279 du 3 Décembre 1971 (J.O.R.A. du 10 Décembre 1971, p. 1337) a concrétisé la nouvelle législation en accordant six permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures liquides ou gazeux à la Sonatrach.

(4) - cf. Infra, p. 144 et s.

(5) - cf. Ordonnance n.- 72.24 du 7 Juin 1972 portant approbation des protocoles et conventions... J.O.R.A. du 13 Juin 1972, p. 570.

(6) - Ordonnance n.- 73.16 du 3 Avril 1973 portant approbation de l'accord, J.O.R.A. du 6 Avril 1973, p. 335.

(7) - cf. Ordonnance n.- 73.49 du 9 Août 1973 portant approbation de l'accord, J.O.R.A. du 21 Août 1973, p. 770.

(8) - Ord. n.- 74.41 du 20 Mars 1974 portant approbation de l'accord et du protocole, J.O.R.A. du 2 Avril 1974, p. 306.

(9) - cf. Infra, p. 163 et s.

(10) - cf. Supra, p. 130.

question, dont l'intérêt est loin d'être simplement théorique, s'est posée. Elle a surgi de l'affrontement de deux thèses sur la façon de fixer le montant de l'indemnité due aux entreprises touchées partiellement par les dites mesures d'expropriation. Prenant le contre-pied de la thèse algérienne, laquelle a d'ailleurs prévalu par la suite (1), le groupe ELF-ERAP soutenait que l'indemnisation des sociétés françaises devait être calculée non pas uniquement en fonction de leurs actifs nets, mais également en y incluant les huits cents millions de tonnes de réserves d'hydrocarbures mis à jour par elle en Algérie (2). Ce qui, sous une formulation à peine déguisée, revenait à invoquer la propriété de tous les gisements couverts par des concessions dont elles jouissaient.

Au-delà des diverses résolutions de l'O.N.U. reconnaissant la souveraineté des Etats sur leurs richesses naturelles (3), la meilleure façon de montrer qu'une telle prétention manque totalement de fondement juridique consiste à la confronter aux systèmes susceptibles de conférer la propriété en l'espèce. Compte tenu de l'inapplicabilité d'office du système de la «res nullius» en raison de la nature immobilière des gisements d'hydrocarbures (4), il y aura seulement lieu, avant de se rallier au système de la domanialité, de démontrer l'échec de toute tentative tendant à recourir au procédé de l'accession.

1) - La propriété des gisements et l'échec du système de l'acession -

Aux termes de l'article 546 du code civil : «la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement». Mais dans la consécration du système de l'accession en matière immobilière, l'article 552 du même code est beaucoup plus précis, puisqu'il édicte que : «la propriété du sol emporte la propriété du sous-sol» (5).

---

(1) - cf. Accord Sonatrach-CFP du 30 Juin 1971, PGA n.- 56 du 16.7.1971, p. 22 et 23. Accord Sonatrach-ERAP du 15.12.1971, PGA n.- 67 du 1.1.1971, pp. 22 et 23.

(2) - Pour une vue d'ensemble des thèses en présence, cf. Livre Blanc op. cit. p. 48 ; les données du conflit pétrolier algéro-français, PGA n.- 51 du 1er Mai 1971, pp. 16 et 17 ; l'Algérie et son pétrole, Jeune Afrique n.- 543 du 1er Juin 1971 ; Le Monde du 15 Avril 1971 ; l'Express n.- 1031 du 18 Avril 1971.

(3) - V. notamment la Résolution 1803 (XVII) adoptée le 14 Décembre 1962 par l'Assemblée Générale de l'O.N.U. et la Résolution 2158 (XXI) adoptée par la même assemblée le 25 Novembre 1966 et qui «réitère le droit inaliénable de tous les pays à exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles au profit de leur développement national». Résolution n.- 1803 du 14 Décembre 1962, document ONU n.- A/AC 97.13. 1962 ; Résolution 3201 (s. VI) adoptée par l'assemblée générale des Nations unies (session extraordinaire) le 1er Mai 1974 ; v. également : G. FISCHER, la souveraineté sur les ressources naturelles, A.F.D.I., 1962, p. 516.

(4) - cf. Art. 21, al. 1, Ord. n.- 58.1111 du 22.11.1958.

(5) Reconduit en partie par la loi du 31 Décembre 1962 (cf. Supra, p. 121 note 1) le code civil n'était applicable en principe, qu'aux terres dont les propriétaires n'avaient pas le statut personnel musulman. Mais toutes les terres immatriculées, qu'elles aient été antérieurement soumises au statut musulman ou au droit commun, se trouvaient soumises à un régime propre qui s'écartait du code civil (cf. J. LOYRETTE, op. cit. p. 549).

Pour que le groupe ERAP eûsse été en mesure de s'appuyer sur cette base juridique pour revendiquer la qualité de propriétaire des gisements d'hydrocarbures, il lui eût fallu, d'abord, justifier d'un droit sur la surface de la terre. Or un facteur essentiellement géographique l'aurait empêcher de le faire : toutes les terres propices à la recherche pétrolière sont en effet constituées par d'immenses zones désertiques. Et si l'on voulait procéder à la classification de ces terres sahariennes dans un cadre purement civiliste, la catégorie juridique qui semble la mieux convenir serait plutôt celle de «biens sans maître, dont propriété revient à l'Etat» (1).

D'ailleurs, son éventuelle tentative de faire appel à la théorie de l'accession pour fonder sa prétention sur les gisements pétroliers aurait échoué malgré tout, même si la société française avait réussi à administrer la preuve de son droit de propriété sur la partie supérieure du désert : pour la raison bien simple que tout ce qui touche directement aux hydrocarbures échappe au champ d'application du droit commun. C'est donc à la législation spéciale régissant cette activité qu'il importe de se référer. Ses règles plaident incontestablement en faveur de la domanialité.

2) - La propriété des gisements et le recours au système de la domanialité -

D'une façon implicite, l'appropriation publique des gisements d'hydrocarbures peut déjà être facilement déduite des principales dispositions du Code pétrolier saharien.

Sous l'empire exclusif de cette loi, les sociétés ne pouvaient se livrer à une activité de prospection, de recherche ou d'exploitation pétrolière que si elles avaient obtenu une autorisation administrative (2). Cette intervention impérative de l'Administration dans la gestion d'un bien n'ayant aucun autre propriétaire - le titulaire de la surface étant d'emblée écarté (3) - ne peut s'expliquer que par le rattachement de ces gisements au domaine de l'Etat.

On peut trouver la confirmation de cette analyse notamment dans les dispositions de l'article 38 de l'Ordonnance du 22 Novembre 1958. Comme sanction de l'inobservation par la société bénéficiaire de certaines obligations pesant sur elle, ces dispositions prévoyaient le retrait pur et simple de la concession. Comment justifier un tel retrait autrement que par le fait que l'Etat soit effectivement le propriétaire originaire des puits pétroliers ?

La durée limitée de la concession (4) militait dans le même sens : si la société exploitante pouvait réellement prétendre à ladite appropriation, cette limitation

---

(1) - V. Juriscl. Civil, Art. 713, n.- 5.

(2) - cf. Supra, p. 132 et s.

(3) - cf. notamment : Art. 1 et Art. 22, Ord. n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit. Alors que le premier faisait obligation même au propritéaire ae la surface de solliciter une autorisation de prospection ou un permis de recherches s'il voulait procéder à des travaux de prospection ou de recherches d'hydrocarbures, le deuxième instituait au profit du concessionnaire un droit immobilier, distinct de la surface.

(4) - cf. Supra. p. 137.

dans le temps de sa jouissance serait incompréhensible, compte tenu des attributs résultant du droit de propriété.

Enfin, comme le soulignait un auteur, en parlant sans doute de la loi de 1919, «il est impossible de construire logiquement un système de participation de l'Etat aux bénéfices de l'exploitation (1) si l'on ne part pas de l'idée que l'Etat est propriétaire naturel des gisements» (2).

C'est justement cette solution qu'adopte l'article 3 de l'accord Sonatrach-Getty (3) : en contrepartie de la cession partielle d'actif faite à son profit, la société nationale ne s'est engagée à payer qu'une indemnité dont le montant ne prend nullement en considération la valeur des réserves de brut découvertes par la société américaine.

Et si l'intégration des gisements dans le domaine de l'Etat est ainsi suffisamment démontrée en raisonnant dans le cadre du code pétrolier saharien, cette intégration ne fait plus aucun doute, a fortiori, depuis que l'article 1 de l'ordonnance du 12 Avril 1971 fait de la Sonatrach l'exclusif attributaire des titres miniers. En effet, en écartant définitivement les sociétés privées du bénéfice de tout permis, «cette disposition consacre de la façon la plus nette et la plus absolue la propriété exclusive de l'Etat sur ses richesses pétrolières»... (4). Mais le véritable but de cette disposition est ailleurs. Au-delà de la réaffirmation d'un principe intangible, l'article 1 de l'Ordonnance du 12 Avril 1971 vise surtout à introduire une importante modification dans la gestion du domaine minier.

B/ L'ATTRIBUTION PUBLIQUE DES TITRES INTRODUIT UNE MODIFICATION DANS LA METHODE DE GESTION DU DOMAINE MINIER -

A l'instar de la situation qui leur est encore réservée dans les autres pays producteurs, les compagnies étrangères, par le biais des titres dont elles jouissaient privativement conformément au code pétrolier saharien (5), parvenaient en fait à monopoliser notre domaine minier en hydrocarbures (6). En

---

(1) - Sur cette participation de l'Etat aux résultats de l'exploitation, cf. Infra, p. 336 et s.

(2) - ROLLAND, la recherche et l'exploitation des gisements de pétrole, R.D.P. 1923 - 389 ; en faveur de la thèse de la domanialité des gisements, cf. également : J.RUSSO, op. cit. p. 137 et s. ; J.LOYRETTE, op. cit. p. 551 et s.

(3) - cf. Infra, p. 244 et s.

(4) - S.SOULEIMAN, op. cit.

A l'instar des anciennes sociétés concessionnaires, la Sonatrach n'exerce pas un droit de propriété sur les gisements couverts par des titres qui lui ont été conférés. A propos d'une autre catégorie de biens, un auteur (F.BORELLA, op. cit., p. 746 et s.) fait appel au droit féodal pour distinguer entre le domaine utile, dont jouit la société nationale, et le domaine éminent, qui n'appartient qu'à l'Etat. Mais il serait utile de réfléchir sur cette distinction.

(5) - cf. Supra, p. 132 et s.

(6) - Le quotidien El-Moudjahid du 20 Mars 1971 précise à ce propos qu'antérieurement aux mesures de nationalisation du 24 Février 1971 (cf. Supra, p. 130) la situation était la suivante :

– Réserves : sur des réserves en place de l'ordre de 5 milliards de tonnes et de réserves

dehors de la portion congrue qui revenait à la Sonatrach, l'exploitation de ce patrimoine échappait totalement à l'emprise effective de l'Etat réduit aux rôles dérisoires de distributeur de titres et de percepteur.

En disposant que toute activité de recherche ou d'exploitation d'hydrocarbures liquides ne peut, désormais, s'entreprendre que sur des parcelles attribuées à la Sonatrach, l'article 1er de l'ordonnance du 12 Avril 1971 a introduit une innovation d'une importance capitale en matière de gestion du domaine minier. Par l'intermédiaire de cette société nationale, remarquable instrument juridique de sa politique pétrolière, la puissance publique assume directement la gestion de tout ce secteur vital de l'économie ; optant ainsi pour l'unique alternative susceptible de lui permettre d'y exercer sa pleine souveraineté.

Mais bien que constituant une innovation par rapport au régime antérieur, cette prise en charge de l'exploitation du domaine minier par la puissance publique n'a rien d'exceptionnel : théoriquement, elle représente le mode normal et originaire de sa mise en valeur, puisque l'Etat en est l'exclusif propriétaire. C'est au contraire l'attribution de titres à des particuliers - étrangers de surcroît -, ayant pour résultat de leur confier de la sorte le soin d'exploiter son patrimoine minier national, qui devait paraître comme un procédé anormal de gestion et d'administration de ces biens publics (1). C'est dire que la récente législation ne fait en somme que revenir à la normalité : le titulaire d'un droit de propriété est en principe le seul administrateur de la chose sur laquelle porte son droit.

Il reste à se demander si la portée de cette règle ne se trouve pas exceptionnellement atténuée du fait de la co-titularité de certains titres établis au profit de la société américaine Getty ?

§ 2 - L'EXCEPTION : LA CO-TITULARITE DES TITRES AU PROFIT DE LA SOCIETE GETTY -

Parmi toutes les sociétés étrangères exerçant une activité de recherche ou d'exploitation d'hydrocarbures liquides, une seule continue encore à détenir des titres miniers. Il faut cependant préciser que ce droit, reconnu à la société américaine Getty Pétroleum Compagny par l'accord du 19 Octobre 1968, qu'elle a respectivement conclus avec l'Etat et avec la Sonatrach (2), se voit dès sa naissance enserré dans d'étroites limites. D'abord dans son étendue, puisque

---

récupérables de l'ordre de 1,7 milliard de tonnes, les compagnies étrangères contrôlaient environ 70 % du chiffre total.

– Production : sur les 48 millions de tonnes produites en 1970, la part des sociétés étrangères était de 70 %.

(1) - Dans le même sens, v. notamment : J.RUSSO, op. cit. p. 167.

(2) - cf. Ord. n.- 68.591 du 31 Octobre 1968 portant approbation de l'accord pour la recherche et l'exploitation des hydrocarbures en Algérie et du protocole relatif aux activités de recherches et de production d'hydrocarbures en Algérie de la société Getty Pétroleum Compagny, J.O.R.A. du 1er Novembre 1968 ; pour l'analyse de cette convention, cf. Infra, p. 147 et s.

Getty n'est non seulement pas l'exclusif bénéficiaire de ce droit, mais en est simplement un co-titulaire minoritaire avec la Sonatrach (A) ; ensuite dans sa mise en œuvre, puisque, comme nous le verrons plus loin(1), la gestion du domaine minier que recouvrent ces permis est confiée à une association mixte dans laquelle la Sonatrach détient une participation majoritaire. L'avenant intervenu le 27 Mai 1972 (2), et modifiant le protocole, tout en laissant subsister le régime préférentiel dont jouit actuellement la société Getty - sans doute pour récompenser le réalisme et l'esprit de coopération dont elle a su très tôt faire montre -, laisse entrevoir que la compagnie américaine ne pourra plus, à l'avenir, prétendre à d'autres titres, même si c'est conjointement avec la SONATRACH (B).

A - LA CO-TITULARITE DES TITRES ET LES ACCORDS DE 1968 -

La reconnaissance de cette co-titularité sur un certain nombre de titres au profit de Getty et de la Sonatrach trouve son origine dans une double transmission partielle faite en sens opposé par les deux compagnies.

C'est en vertu de l'article 2 de l'accord du 19 Octobre 1968 que la société américaine Getty a consenti à transférer au profit de la Sonatrach cinquante-et-un pour cent des droits qu'elle possédait aussi bien sur la concession de Rhourde El Baguel que sur le permis du même lieu.

En contrepartie, l'article 36 du protocole stipule que «l'Etat algérien accepte la mutation en co-titularité au profit de Sonatrach et Getty des permis de Hassi Brahim, Erg Djouad et Djebel Azrag, et accorde, pour une durée de cinq ans, le permis d'El-M'Zaid» (3). Comme on le voit, qu'il s'agisse des trois premiers titres, attribués à l'origine exclusivement à l'entreprise publique, ou de la nouvelle surface, accordée conjointement aux deux personnes morales, et du fait de l'imprécision de la notion de «co-titularité», l'étendue des droits ainsi affectés à Getty n'apparaît à aucune place. Il semble logique de considérer que la part de Getty ne peut pas être supérieure à celle qu'elle a conservée sur ses anciens titres conformément à l'article 2 de l'accord, c'est-à-dire égale à quarante-neuf pour cent. Cette solution paraît s'imposer d'autant plus que l'engagement financier de cette compagnie étrangère correspond à ce même pourcentage (4).

Ceci dit, à l'expiration de la phase de recherches, limitée en principe à cinq ans, mais susceptible de prorogation, la société Getty perd au bénéfice de Sonatrach les droits et intérêts qu'elle détient sur toute surface. Il y a

---

(1) - cf. Infra, p. 225 et s.

(2) - cf. Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972 portant approbation de l'avenant, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090.

(3) - Les trois premiers permis de recherche avaient été attribués à la Sonatrach par :

– Décret n.- 67.129 du 17 Octobre 1967, J.O.R.A. du 3 Novembre 1967.

– Décret n.- 68.32 du 1er Février 1968, J.O.R.A. du 16 Février 1968. En ce qui concerne le permis portant sur la surface de M'Zaid, l'article 23 in fine prévoit que les parties ont convenu d'en solliciter conjointement le bénéfice aux autorités.

(4) - cf. Infra, p. 158 et s.

cependant lieu d'excepter celles qui se trouvent à l'intérieur d'un périmètre ayant fait l'objet d'une demande de permis d'exploitation (1) dont la durée, aux termes de l'article 12 du protocole, ne doit pas excéder vingt-cinq ans (2).

B - LA CO-TITULARITE ET L'AVENANT DE 1972 -

Sous l'empire du code pétrolier saharien, cette co-titularité n'était non seulement pas contraire à la législation, mais constituait une condition de base de la mise sur pied d'un système d'avant-garde d'exploitation des hydrocarbures (3). On pouvait par contre se poser la question de savoir si elle serait maintenue même après la promulgation de l'ordonnance du 12 Avril 1971, qui fait de l'attribution exclusive des titres miniers à la Sonatrach un principe fondamental (4). L'avenant au protocole du 19 Octobre 1968, signé par l'Etat et la Getty le 27 Mai 1972 (5), semble se rallier à une solution de compromis, conciliant à la fois le respect des dispositions contractuelles et la nécessité de se conformer à la législation nouvellement entrée en vigueur.

L'article 36 Bis, ajouté au protocole par l'article 9 de l'avenant, prévoit notamment que Getty ne pourra notifier à l'administration son intention de mettre un terme à l'ensemble de ses activités pétrolières en Algérie qu'«après avoir rempli les engagements financiers souscrits sur les permis détenus en association avec la société nationale Sonatrach...». En dehors de la cessation éventuelle d'activité (6), cette disposition montre clairement que la société américaine continue encore à détenir partiellement les titres couvrant le domaine minier affecté à l'association. D'autant plus que, sans parler du maintien en l'état des stipulations de l'accord, l'article 36 du protocole qui a instauré cette co-titularité (7), loin d'avoir été abrogé, a été au contraire complété par la disposition précitée.

La préservation de ce «droit acquis» mise à part, il nous paraît peu vraisemblable que Getty puisse à l'avenir, et sur d'autres titres miniers, prétendre au bénéfice de la co-titularité. Bien que les parties aient gardé un silence à peu près total sur cette question, plusieurs indices révélateurs permettent de le penser.

L'aliéna 4 du préambule de l'avenant au protocole du 19 octobre 1968 précise que «le Gouvernement algérien et Getty sont d'accord pour modifier certaines dispositions du protocole en vue de les rendre conformes aux dispositions législatives et réglementaires nouvelles». Dans cet esprit, l'avenant a

---

(1) - Art. 25 de l'accord Sonatrach-Getty.

(2) - L'article 28 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 fixait la durée minimum de la concession à cinquante ans (cf. Su pra, p. 138).

(3) - cf. Infra, p. 147 et s.

(4) - cf. Supra, p. 139 et s.

(5) - Approuvé par Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090.

(6) - cf. Infra, p. 257 et s.

(7) - cf. Supra, p. 144 et s.

principalement étendu à Getty le nouveau régime fiscal (1), introduisant ainsi dans les rapports existants entre l'Algérie et la société américaine l'une des plus importantes innovations de l'ordonnance du 12 Avril 1971 (2). Il l'oblige par ailleurs à constituer une société de droit algérien.

L'article 36 Bis du protocole ne vise expressément que «les permis détenus en association avec la Sonatrach». Ce qui conduit à en déduire qu'il n'envisage que les titres attribués antérieurement à la conclusion de l'avenant. Pour être en mesure de soutenir que Getty aura toujours la faculté de solliciter conjointement avec la Sonatrach de telles autorisations d'accès au domaine minier, il aurait fallu que l'avenant évoque non seulement «les permis détenus», mais également ceux à détenir.

Si Getty est ainsi appelée à être, tôt ou tard, alignée sur le régime réservé à toutes les autres sociétés étrangères, il y a lieu de remarquer que les titres dont elle continue de jouir partiellement ne sont pas pour autant générateurs de conséquences néfastes inhérentes à leur attribution purement privée (3) : les parcelles qu'ils recouvrent sont exploitées par une association mixte, contrôlée par la société nationale Sonatrach.

SECTION II
LA SOCIETE ETRANGERE PEUT EXERCER UNE ACTIVITE PETROLIERE AU SEIN D'UNE ASSOCIATION MIXTE

Sous l'empire du code pétrolier saharien, toute entreprise de recherche ou d'exploitation des hydrocarbures voyait son action subordonnée à l'attribution d'un titre lui permettant d'accéder au domaine minier (4).

En réservant un tel privilège uniquement à la société nationale Sonatrach (5), l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (6) peut, à première vue, laisser supposer qu'elle bannit, ipso facto, de l'activité pétrolière toute autre personne morale. En réalité, en dépit du bouleversement dont elle est la source, la nouvelle loi fondamentale n'en incite pas moins la société étrangère à s'établir sur notre territoire. Seulement, dans un effort de conciliation de la volonté de la puissance publique de contrôler effectivement la mise en valeur de ses ressources minérales et la nécessité de recourir à l'expérience et aux capitaux extérieurs, elle prend soin d'imposer à cet éventuel investissement le moule juridique de l'association mixte.

---

(1) - cf. Article 5 de l'avenant du 27 Mai 1972, modifiant l'article 8 du protocole du 19 Octobre 1968. Pour de plus amples développements sur ce régime fiscal, cf. Infra, p. 316 et s.

(2) - cf. Article 7 de l'avenant, complétant l'article 34 du protocole.

(3) - cf. Supra p. 132 et s.

(4) - cf. Supra, p. 132 et s.

(5) - cf. Supra, p. 139 et s.

(6) - Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 définissant le cadre dans lequel s'exerce l'activité des sociétés étrangères dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366 ; v. également annexe I.

Mais cette association elle-même ne peut voir le jour que dans la mesure où un certain nombre de conditions se trouvent réunies : alors que les unes sont étroitement liées à la naissance de cette personne morale (S/S II), les autres en sont indépendantes (S/S/ I).

SOUS-SECTION I
L'ASSOCIATION MIXTE ET CONDITIONS INDEPENDANTES DE SA NAISSANCE

Selon l'article 1, al. 1 de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, toute société étrangère désirant s'adonner à une activité dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides en Algérie ne peut le faire qu'en association avec la société nationale Sonatrach. Cependant, avant d'arriver à la création proprement dite de cette société mixte, la compagnie pétrolière, justifiant de capacités techniques et financières suffisantes (§ 2), doit d'abord conclure une convention d'établissement (§ 1).

L'obligation qui pèse sur elle de constituer une filiale de droit algérien ayant son siège social sur le territoire, parce qu'elle a déjà retenu notre attention (1), ne sera pas abordée à cette place.

§ 1 - LA CONCLUSION D'UNE CONVENTION D'ETABLISSEMENT -

Loin de réorganiser dans le moinde détail le régime de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, l'ordonnance du 12 Avril 1971, comme le laisse suffisamment apparaître son intitulé, se contente de définir un nouveau «cadre» juridique dans lequel viendra s'insérer l'activité de l'entreprise étrangère. Ce texte-cadre, en d'autres termes, se limite tout simplement à énoncer les principes fondamentaux qui régissent désormais la matière et qui, par là même, portent abrogation implicite de toute disposition du code pétrolier saharien qui leur est contraire. La mise en œuvre des règles qu'il édicte nécessite par conséquent, et au-delà du féaut de promulgation des décrets d'application (2), l'intervention d'une convention d'établissement (3) conclue entre l'Etat ou la Sonatrach et la compagnie pétrolière d'allégeance étrangère. Sans compter tous ceux qui sont en cours de négociation (4), l'illustration de cette technique apparaît suffisamment à travers les accords signés respective-

---

(1) - cf. Supra, p. 76 et s.

(2) - Prévus par l'article 10 de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit.

(3) - Malgré la confusion qu'elle peut entretenir avec le traité interétatique, cette terminologie paraît largement admise dans la doctrine française ; cf. notamment : PH.KAHN, problèmes juridiques des investissements dans l'ancienne Afrique française, Cl. 1965-381 ; M.PAILLERE, le contrat d'investissement dans les pays en voie de développement, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers Monde, op. cit. p. 118 et s; P.LEGOUX, «quelques codes des investissements», R.J.P.I.C. 1968-942 ; On peut voir également : M.VASSEUR, le nouvel essor du concept contractuel, R.T.D. civ. 1964-5.

(4) - cf. P.G.A. n.- 101 du 1.6.73, p. 7, qui affirme qu'une vingtaine de sociétés étrangères négocient actuellement de tels accords avec l'Algérie.

X

ment avec la compagnie française des pétroles le 30 Juin 1971 (1), avec le groupe d'Etat français ERAP le 15 Décembre 1971(2), avec la Sun Oil Compagny le 27 Mars 1973 (3) et avec Hispanica de Petroleos S.A le 20 Juillet 1973 (4). Bien que sa conclusion soit antérieure au texte législatif précité, la convention dont bénéficie la Getty Pétroleum Compagny depuis le 19 Octovre 1968 (5) et modifié le 27 Mai 1972 (6), mérite d'être citée : car bien avant que l'ordonnance portant loi fondamentale d'hydrocarbures liquides ne prenne sa revanche en lui imposant, par le biais de cette dernière modification, quelques innovations (7), c'est ladite convention qui, à l'origine et dans une large mesure, a inspiré les rédacteurs du texte législatif.

Même si la nature juridique de ces conventions d'établissement ne sera étudiée qu'à propos des règlements des conflits (8), d'orès et déjà il convient de signaler que l'autonomie de la volonté du groupe privé co-contractant n'est susceptible d'exercer une influence que dans un domaine relativement réduit : puisque aucune discussion possible n'est tolérée en ce qui concerne les principes directeurs édictés par la nouvelle législation pétrolière et qui, mise à part une exception sans grande portée pratique (9), sont intégralement repris dans tous les accords précités.

Les modalités de leur conclusion et leur contenu (A), et surtout la procédure d'approbation législative à laquelle elles sont soumises (B), traduisent davantage le caractère complexe de ces conventions.

A - LES MODALITES DE CONCLUSION ET LE CONTENU DE LA CONVENTION D'ETABLISSEMENT -

Alors que la personne morale étrangère qui désire s'établir dans le cadre du code des investissements est assujettie à un agrément administratif préalable(10), celle qui veut entreprendre une activité de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures liquides doit d'abord bénéficier d'une conven-

---

(1) - cf. Ordonnance n.- 72.24 du 7 Juin 1972, J.O.R.A. du 13.6.72, p. 570 ; v. également : P.G.A. n.- 56 du 16 Juillet 1971, p. 19 et s.

(2) - cf. ordonnance n.- 74-41 du 20-3-1974 portant approbation de la convention, J.O.R.A. du 2 Avril 1974, p. 306 ; P.G.A. n.- 67 du 1er Janvier 1972, p. 21 et s.; Le Monde du 17.12.71 ; El Moudjahid du 16.12.71.

(3) - cf. Ordonnance n.- 73.16 du 3 Avril 1973 portant approbation de la convention, J.O.R.A. du 6 Avril 1973, p. 335 ; v. également : P.G.A. n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 32 et s.

(4) - cf. Ordonnance n.- 73.49 du 9 Août 1973 portant approbation de la convention, J.O.R.A. du 21 Août 1973, p. 770 ; v. également : P.G.A. n.- 106 du 16 Août 1973, p. 14 et s.

(5) - cf. Ordonnance n.- 68.591 du 31 Octobre 1968 portant approbation de la convention, J.O.R.A. du 1er Novembre 1968.

(6) - cf. Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972 portant approbation de l'avenant, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090 ; P.G.A. n.- 78 du 16 Juin 1972, pp. 16 et 17.

(7) cf. Supra, p. 112 et s. et Infra, p. 323 et s.

(8) - cf. Infra, p. 241 et s.

(9) - cf. Supra, p. 144 et s.

(10) - cf. Infra, p. 175 et s.

tion d'établissement. Or, malgré l'aspect unitaire qu'évoque cette terminologie, ce sont en réalité deux contrats distincts, appelés «protocole» et «accord», qui sont toujours simultanément conclus.

1) - Le protocole liant la société étrangère et l'Etat -

Désormais, avant d'être habilitée à investir dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides, toute société étrangère doit négocier avec le gouvernement un protocole qui est généralement signé par le président de la firme privée et dans tous les cas par le Ministre de l'Industrie et de l'Energie.

Bien que le sceau du secret dans lequel baignent les relations pétrolières soit peu propice à un travail de documentation, le protocole conclu avec la société Getty - qui peut valablement servir de modèle - et ceux conclus avec les groupes français CFP et ERAP nous permettent de tracer le contenu-type de l'un de ces actes.

En ce qui concerne le droit applicable à l'ensemble de la convention d'établissement, c'est le protocole qui prend soin de préciser que le droit est spécialement constitué par toutes les dispositions convenues d'un commun accord (1). Il est vrai que l'acceptation de la société étrangère est beaucoup plus formelle que réelle en ce qui concerne un certain nombre de ces dispositions : parce qu'elles touchent de trop près à l'exercice de la souveraineté, celles-ci se trouvent, soit directement, soit par une référence au texte législatif qui les a édictées, insérées d'office dans toutes les conventions. En plus, les questions non expressément réglées par les cocontractants demeurent toujours soumises à la législation en vigueur et notamment à la partie non abrogée du code pétrolier saharien.

De la même façon qu'il règle cette compétence législative, le protocole désigne aussi la juridiction apte à trancher un éventuel conflit surgissant à l'occasion de l'exécution de la convention d'établissement. Lorsqu'il prévoit, comme c'est le cas uniquement dans les rapports établis entre l'Algérie et Getty, le recours à un tribunal arbitral, il en précise les modalités de constitution et le fonctionnement.

Tout en portant constitution d'une filiale en Algérie (2), c'est ce texte qui définit le régime fiscal auquel sera assujettie, par le biais de cette société-filiale, la personne morale étrangère considérée. Ce qui revient essentiellement à établir le niveau des prix et le taux de l'imposition (3).

---

(1) - cf. notamment : articles 1 et 2 du Protocole relatif aux activités de recherches et de production d'hydrocarbures en Algérie de la société Getty ; Art. 3.3 du Protocole conclu par la CFP ; Art. 3.12 du Protocole conclu par ERAP.

(2) - cf. Supra, p. 76 et s. Dans le cas particulier des sociétés françaises, il convient de préciser que cette obligation figure dans un contrat préalable à la convention d'établissement et ayant pour objet de régler les problèmes de l'indemnisation due à ces sociétés par suite de leur nationalisation partielle (cf. Supra, 140 et s.) et d'apurer leur contentieux fiscal. L'acte signé le 30 Juin 1971 par la C.F.P. est appelé «Protocole d'accord», alors que celui qui a été conclu par E.R.A.P. est appelé «Règlement Général».

(3) - cf. Infra, p. 206 et s.

Mais pour que le groupe privé soit en mesure de couvrir toutes ses obligations financières en Algérie, le protocole organise le rapatriement d'une partie du produit de ses ventes d'hydrocarbures réalisées à l'extérieur (1).

Enfin, une clause délimite la durée de la convention ainsi que sa date de révision. Et, pour éviter l'impasse à laquelle avait conduit l'exécution des accords algéro-français du 29 Juillet 1965 (2), une nouvelle précision fait son apparition : le désaccord des parties sur les conditions de cette révision débouchera sur une résiliation anticipée de la convention d'établissement (3).

Parallèlement à la conclusion de ce protocole avec la puissance publique, la société étrangère intéressée par la recherche et l'exploitation des hydrocarbures liquides doit s'associer en plus avec la société nationale Sonatrach dans le cadre d'un accord.

2) - L'accord liant la société étrangère à la Sonatrach -

C'est uniquement pour se conformer à l'article 1, al. 1, de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 qui ne permet à une personne morale étrangère d'opérer dans le domaine pétrolier qu'au sein d'une association mixte, que le représentant dûment mandaté de la compagnie privée et le président de la Sonatrach concluent un accord.

Le premier objectif que vise l'accord consiste non seulement à porter création entre la Sonatrach et la filiale étrangère qui sera obligatoirement constituée sur le territoire (4) d'une société mixte (5), mais également à en organiser le fonctionnement qui est caractérisé par le fait que le rôle d'opérateur est en principe toujours réservé à l'associé majoritaire (6).

En tenant compte de l'importance du domaine minier dont la jouissance est confiée à l'association (7), les cocontractants, tout en approuvant son programme d'investissement et en s'engageant à participer au financement de sa réalition (8), fixent les attributions de l'organe de gestion de la société mixte en

(1) - *cf. Infra, p. 225 et s.*

(2) - *cf. Supra, p. 125 et s.*

(3) - *C'est ainsi par exemple que l'Article 3.2 du protocole signé par la CFP stipule : «Il-(le présent protocole) viendra à expiration le 31 Décembre 1980. Il cessera toutefois de porter effet à compter du 1er Janvier 1976 au cas où l'avenant visé à l'article 7.4 du protocole d'accord susvisé ne serait pas conclu au plus tard le 31 Octobre 1975».*

(4) - *cf. Supra, p. 76 et s.*

(5) - *Art. 9, Accord Sonatrach-Getty ; Art. 2, Accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-ELF-Algérie ; Art. 2, Accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla. Seule la création des sociétés mixtes ALREP, SEPAL et PETRAL a échappé à cette procédure ; puisque, chose remarquable, elles furent constituées unilatéralement par Décret n.- 71.98 du 12 Avril 1971 (cf. Infra, p. 169).*

(6) - *cf. Infra, p. 172 et s.*

(7) - *cf. Infra, p. 159 et s.*

(8) - *Art. 6, Accord Sonatrach-CFP et TOTAL Algérie ; Art. 4, Accord Sonatrach-SOPEFAL*

matière d'élaboration du budget annuel et du programme de production (1). Mettant à profit la faculté que leur laisse l'article 6 de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (2), ils posent les règles sur lesquelles s'appuiera la répartition de cette production en hydrocarbures liquides entre les associés (3).

En ce qui concerne la livraison de ce pétrole brut, la Sonatrach, depuis qu'elle exploite tous les oléoducs situés en Algérie (4), prend l'engagement d'effectuer le transport jusqu'aux terminaux marins dans les conditions stipulées au contrat annexe de transport.

Enfin, dans une perspective plus lointaine, les dispositions de l'accord prennent la précaution de prévoir une éventuelle cessation d'activité de la compagnie étrangère et, corrélativement, organisent la cession au profit de la Sonatrach de ses biens patrimoniaux situés en Algérie (5).

Après leur conclusion, une autre étape attend aussi bien le protocole que l'accord qui composent la convention d'établissement ; ils doivent être approuvés par un texte de nature législative.

B - L'APPROBATION DE LA CONVENTION D'ETABLISSEMENT -

Une fois signés par leurs parties respectives, le protocole et l'accord relatifs à l'exercice d'une activité de recherches ou d'exploitation des hydrocarbures liquides par une personne morale étrangère sont aussitôt soumis à une procédure d'approbation relevant de la compétence de l'autorité législative.

---

et SOFREPAL relatif à leurs relations au sein de REPAL ; Art. 6, Accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à leurs relations au sein de l'association Sonatrach-Elf-Algérie ; Art. 5, accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla. En ce qui concerne la participation de la société étrangère au programme d'investissement, cf. Infra, p. 156 et s.

(1) - V. notamment : Art. 3, Accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL concernant leurs relations au sein de REPAL ; Art. 5, Accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-Elf-Algérie ; Art. 4, Accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla.

(2) - Art. 6, Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 : «en cas de découverte de gisement d'hydrocarbures liquides et si la forme d'association est l'association en participation, chacun des associés retire au champ, sa part de production au prix de revient et au prorata de son pourcentage d'intéressement.

«Si la forme d'association est la société commerciale, les associés peuvent convenir d'une répartition de la production au champ...».

(3) - Art. 48, Accord Sonatrach-Getty ; Art. 5, Accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL concernant leurs relations au sein de REPAL ; Art. 9, Accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-Elf-Algérie ; Art. 6, Accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla.

(4) - Art. 5, Accord Sonatrach-CFP et TOTAL Algérie ; l'article 54 de l'accord Sonatrach-Getty stipule : «chaque partie assure ou fait assurer le transport de la production lui revenant au titre de l'article 48 par tous moyens qu'elle pourrait posséder, louer ou utiliser. Elle est tenue d'offrir à l'autre partie, sans discrimination de tarifs et de la proportion correspondante aux droits respectifs détenus dans les gisements à évacuer, toute possibilité de transport qu'elle aurait ainsi obtenue».

(5) - cf. Infra, p. 258.

X

C'est ainsi que les conventions conclues successivement avec Getty le 19 Octobre 1968 (1), avec la CFP le 30 Juin 1971 (2), avec ERAP le 15 Décembre 1971 (3), avec la Sun Oil Compagny le 27 Mars 1973 (4) et avec Hispanoil le 20 Juillet 1973 (5) ont été tour à tour approuvées par une Ordonnance.

Le moment n'est pas venu de nous interroger sur l'incidence de cette sanction législative sur la nature juridique de la convention d'établissement (6). Mais on peut d'orès et déjà remarquer que cette approbation, qui se distingue d'une ratification (7), constitue un élément fondamental plaidant en faveur du rattachement de ce contrat à la sphère juridique nationale.

En ce qui concerne la question de savoir si cette approbation législative produit un effet sur la période d'entrée en vigueur du protocole et de l'accord, hormis le cas exceptionnel des actes intéressant les sociétés françaises, la réponse qui semble s'imposer est positive.

1) - L'entrée en vigueur de la convention peut-être exceptionnellement indépendante de son approbation -

S'agissant tout d'abord des contrats qui régissent les nouveaux rapports établis entre l'Etat et la Sonatrach, d'une part, et les groupes français CFP et ERAP, d'autre part, il est facile de constater que leur entrée en vigueur s'est effectuée indépendamment de la date de leur approbation par l'organe législatif. Certains de ces actes juridiques ont commencé à produire leurs effets rétroactivement à compter du 25 Février 1971 (8) , alors que tous les autres ne se sont appliqués qu'à partir du 13 Avril de la même année (9). Or, comme on l'a vu(10), l'approbation de ces deux conventions d'établissement n'est intervenue que plusieurs mois après leur signature.

Ce défaut d'influence de l'agrément législatif sur la mise en application des conventions ne peut pas être invoqué pour en déduire une règle générale. Seules les circonstances exceptionnelles qui ont entouré la conclusion de ces conventions sont susceptibles de nous fournir une explication. C'est, en effet,

---

(1) - cf. Ordonnance n.- 68.591 du 31 Octobre 1968, J.O.R.A. du 1er Novembre 1968 ; v. également : Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972 portant approbation de l'avenant, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090.

(2) - Ordonnance n.- 72.24 du 7 Juin 1972, J.O.R.A. du 13 Juin 1972, p. 570.

(3) - Ordonnance n.- 72.41 du 20 Mars 1972, J.O.R.A. du 2 Avril 1972, p. 306.

(4) - Ordonnance n.- 73.16 du 3 Avril 1973, J.O.R.A. du 6 Avril 1973, p. 335.

(5) - Ordonnance n.- 73.49 du 9 Août 1973, J.O.R.A. du 21 Août 1973, p. 770.

(6) - Infra, p. 243 et s.

(7) - P. WEIL, contrats entre Etats et particuliers, R.C.A.D.I., 1969, T. III.

(8) - Art. 3.2, protocole Etat-CFP ; Art. 3.11, protocole Etat-ERAP ; Art. 8.3, accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL concernant leurs relations au sein de la REPAL.

(9) - Art. 13.3, accord Sonatrach-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-El-Algérie ; Art. 9.3, Accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL et SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla.

(10) - cf. Supra, p. 152.

aux dates du 24 Février et du 12 Avril 1971 que les sociétés françaises agissant sous l'empire de l'Accord algéro-français du 29 Juillet 1965 firent l'objet d'une nationalisation partielle (1). Le fait de laisser rétroagir l'entrée en vigueur des dits protocoles et accords jusqu'au lendemain de ces deux dernières dates semble présenter un intérêt au moins à deux points de vue. Cela permet, d'une part, de situer la reconnaissance par les groupes français des mesures précitées d'expropriation juste après leur promulgation. Cela permet, d'autre part, d'amoindrir la portée de la rupture des relations contractuelles qui a suivi l'intervention des textes législatifs. Par le procédé fictif de la rétroactivité, l'accord d'Alger du 29 Juillet 1965 devenu caduc se voit aussitôt remplacé par des conventions d'établissement fondées sur de nouveaux principes.

2) - L'entrée en vigueur de la convention est en principe dépendante de son approbation -

Ces exceptions limitées étant ainsi mises à part, la solution qui doit être érigée en règle consiste plutôt à subordonner étroitement la date de mise en application d'une convention, permettant à une société étrangère de se livrer à une activité de recherches ou d'exploitation d'hydrocarbures liquides, à son approbation par l'autorité compétente. A l'appui de cette thèse, on peut à la fois invoquer les dispositions de l'accord Getty et le principe de la hiérarchie des textes inhérent à tout ordonnancement juridique.

Après avoir stipulé que l'accord sera, à la diligence de Sonatrach, soumis au Gouvernement pour y être approuvé dans les formes requises (2), les parties au contrat Getty ont pris soin d'ajouter qu'il «entrera en vigueur dès son approbation... et dès que les dispositions du protocole auront pris force juridique» (3). Mais on ne manquera certainement pas de nous opposer le caractère équivoque de ce texte. Car si l'influence de l'approbation législative sur la période de mise en application de l'accord découle aisément de sa simple lecture, son incidence sur la prise d'effet du protocole paraît plus incertaine. Cette incertitude est toutefois plus apparente que réelle. Deux facteurs nous aident à la dissiper en nous permettant de déduire des termes de l'article 77 précité que l'effectivité des stipulations du protocole est, elle aussi, dépendante de la procédure d'approbation.

D'abord, à partir du moment où les cocontractants ont estimé utile de prévoir que l'entrée en vigueur de l'accord aura notamment lieu «dès que les dispositions du protocole auront pris force juridique», ils laissent par là même entendre que le simple échange des signatures de ce document est à lui seul insuffisant pour lui conférer cette force obligatoire. S'il en était autrement, les parties se seraient certainement référées directement au jour de cette signature.

En outre, non contentes de lier la mise en œuvre de leur accord à

---

(1) - cf. Supra, p. 125 et s.
(2) - V. Art. 76, Accord Sonatrach-Getty, Rev. Alg. 1969, t 1, p. 199.
(3) - V. Art. 77, Ibid.

l'acquisition par le protocole de l'impérium, les parties la subordonnent également, comme on l'a vu (1), à l'agrément de l'accord. Or cette double référence ne peut s'expliquer que si l'entrée en vigueur du protocole coïncide avec celle de l'accord. Une solution inverse risque - même si ce risque ne constitue qu'une hypothèse d'école - de nous mettre en présence d'un conflit opposant sur le point considéré un texte législatif, en l'occurrence une ordonnance, et un simple contrat conclu par l'administration.

La règle de la hiérarchie des textes, fondement de tout système juridique (2), milite aussi en faveur de l'approbation législative comme préalable à la production d'effet par une convention d'établissement. Car il ne faut pas oublier que parmi les problèmes que cette dernière soulèvent, certains, de par leur nature, relèvent au moins formellement de la compétence législative, puisque la distinction classique entre l'organe législatif et l'organe exécutif tend à perdre de son intérêt. C'est ainsi qu'en ce qui concerne notamment les questions fiscales, et bien que les dispositions contractuelles ne fassent actuellement que reprendre le régime préétabli de droit commun (3), l'Etat pourrait être amené à attribuer, pour une raison ou pour une autre, un régime plus favorable à une société étrangère. En présence d'une telle hypothèse, seule l'approbation législative intervenant a postériori est susceptible de valider l'entorse faite aux règles générales.

Cependant, avant même d'arriver au stade de la conclusion, ou a fortiori au stade de l'approbation de la convention d'établissement, toute personne morale étrangère désirant opérer dans le domaine de la recherche ou de l'exploitation des hydrocarbures liquides doit d'abord justifier de capacités techniques et financières.

§ 3 - LA JUSTIFICATION DES CAPACITES TECHNIQUES ET FINANCIERES

Bien que ces capacités techniques et financières ne soient étudiées qu'après la conclusion de la convention d'établissement, l'appréciation de leur existence est théoriquement antérieure ; puisque ce sont surtout ces capacités qui conditionnent le choix même du partenaire étranger. En pratique, cependant, elles ne se matérialisent qu'à travers les dispositions du contrat ; et c'est ce qui explique leur analyse postérieure.

Selon les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 «nul ne peut obtenir de permis H s'il ne justifie de capacités techniques et financières pour mener à bien les recherches..., et s'il ne souscrit l'engagement de consacrer pendant la durée du permis un effort financier approprié».

Mais l'une des caractéristiques majeures de la nouvelle législation pétrolière

---

(1) - cf. Art. 77, Accord Sonatrach-Getty.

(2) - Sur les entorses qui entachent quelquefois l'application de ce principe en Algérie, v. Infra, p. 238 et s.

(3) - cf. Infra, p. 238 et s.

est la suppression de l'attribution de titres miniers à toute personne morale autre que la Sonatrach (1).

L'incompatibilité existant ainsi entre les termes de l'article 1 de l'ordonnance du 12 Avril 1971 et ceux de l'article 6 du code pétrolier saharien est telle qu'elle conduit à une abrogation implicite de ce dernier texte ; car les conditions qu'il impose paraissent indissociables de la demande d'obtention d'un permis exclusif de recherche.

Le laconisme de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 ne lui permet pas cependant d'organiser toutes les questions posées par la recherche et l'exploitation des hydrocarbures liquides. Ainsi, si elle consacre une disposition à l'obligation d'investissement, elle reste muette sur les capacités techniques que doit présenter la société étrangère désirant opérer dans ce domaine.

Ceci ne veut pas dire pour autant que l'appréciation préalable de ces conditions soit abandonnée : le caractère aléatoire de l'activité pétrolière suppose toujours une couverture financière considérable et une aptitude à utiliser les techniques les plus avancées (2). Seulement, comme la compagnie pétrolière ne peut plus bénéficier d'un titre lui donnant accès au domaine minier, cette appréciation discrétionnaire des capacités techniques et financières se fera certainement avant que l'Etat et la Sonatrach ne consentent à la choisir comme partenaire en vue de la conclusion d'une convention d'établissement. Le maintien de ce contrôle s'avère d'autant plus indispensable que les aspects qu'il recouvre semblent avoir joué un rôle non négligeable en tant qu'obstacles à une nationalisation complète de l'activité pétrolière.

Mais comme l'expérience d'un groupe privé est facile à déceler en raison de l'étroitesse du monde pétrolier, ce sont surtout les considérations financières qui occupent une bonne place dans les prévisions contractuelles.

En dehors de la contribution de certaines conventions récentes aux frais de la formation professionnelle (3), les obligations que s'engage à assumer la compagnie étrangère sont relatives aux investissements de recherche et de développement (A) ; elles revêtent également la forme d'avance de trésorerie consentie à la Sonatrach (B).

A) - Les investissements de recherche et de développement -

Aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 12 Avril 1971 : «chaque associé est tenu de procéder, au prorata de son intéressement, aux investissements nécessaires à la sauvegarde et au développement optimum du potentiel des réserves en hydrocarbures, à l'exploitation desquelles il est intéressé ainsi qu'aux actions appropriées de mise en valeur tendant au renouvellement continu des réserves entamées». Comme on le voit, à l'instar de l'article 6 du

---

(1) - cf. Supra, p. 139 et s.

(2) - V. en ce sens : J. LOYRETTE, op. cit. p. 393.

(3) - Comme contribution aux dépenses de formation du personnel algérien, la Sun Oil Compagny verse $ 1 Million (V.PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 34) et Hispanoil $ 8,5 Millions (V.PGA n.- 106 du 16 Août 1973, p. 14).

code pétrolier saharien dont elle s'inspire, cette disposition se contente d'énoncer un principe, mais n'établit aucun plafond quant au montant de l'investissement. Elle laisse ce soin au contrat conclu entre les différentes parties.

C'est justement pour concrétiser cette obligation que l'accord Sonatrach-Getty stipule que l'engagement minimum financier qui sera souscrit par la société américaine sur chacun des permis de recherche affecté à l'association (1) est fixé à 4.500 dinars algériens par Km2 (2). Il a cependant été convenu que Getty, sauf volonté contraire, n'est nullement tenue de participer à d'autres travaux d'exploration au-delà d'une dépense globale de 16.300.000 dollars des Etats-Unis d'Amérique (3).

En restant toujours dans le domaine de la recherche, il y a lieu de signaler que le groupe ERAP consent à y investir au moins 12 cents des Etats-Unis d'Amérique (US. $ 0,12) par baril de pétrole brut produit à partir des gisements du domaine minier de l'association Sonatrach-Elf Algérie (4).

Citons, enfin, l'accord Sonatrach-Hispanoil qui, sur un périmètre d'exploration de 10.000 Km2, fait obligation à cette dernière d'exécuter un programme minimum de travaux d'un montant de 18.575.000 dollars (5).

S'agissant plus précisément des investissements de développement, les accords Sonatrach-CFP-Total Algérie (6), SONATRACH-SOFREPAL-SOPEFAL concernant leurs relations au sein de la REPAL (7), l'accord conclu entre les mêmes parties relatif à l'association Sonatrach-Elf Algérie (8) et l'accord SONATRACH-CFP-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui Ben Kahla (9) fixent une somme minimum calculée en dollars des Etats-Unis d'Amérique, pour chaque baril de pétrole brut produit à partir des gisements du domaine minier géré par l'association ; cette somme

(1) - V. Supra, p. 144 et s.

(2) - Art. 28, Accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(3) - Pour une étude comparée entre l'effort financier de Getty et celui assumé par ERAP dans le cadre de l'Accord Algéro-Français du 29 juillet 1965, V. El-Moudjahid du 9 Novembre 1968.

(4) - cf. Art. 7 - b/, Accord relatif à l'association Sonatrach-ELF-Algérie, op. cit.

(5) - cf. PGA n.- 106 du 16 Août 1972, pp. 13 et 14. La Sun Oil Compagny (cf. Accord, op. cit.), quant à elle, a souscrit un engagement minimum de travaux de recherche de $ 9,5 Millions pour le périmètre de Dai El Kelga et de $ 8 Millions pour celui de Rhomde El Sid (v. PGA n.- 38 du 16 Avril 1973, p. 33).

	1971	1972	1973	1974	1975
(6) - Art. 6-2	0,50 US $	0,425 US $	0,25 US $	0,25 US $	0,25 US $
(7) - Art. 4-2	0,50 US $	0,425 US $	0,25 US $	0,25 US $	0,25 US $
(8) - Art. 6-2	0,90 US $	0,92 US $	0,39 US $	0,19 US $	0,07 US $
(9) - Art. 5-2	0,17 US $	0,16 US $	0,15 US $	0,15 US $	0,15 US $

varie en fonction de l'année considérée.

B) - Les avances de trésorerie -

En dehors des obligations qu'elle assume en matière d'investissements de recherche et de développement, la société étrangère apporte également à la Sonatrach son concours sur le plan du financement.

C'est ainsi qu'outre une contribution non remboursable (1), dont une première tranche de 2.250.000 dollars est payable dès l'entrée en vigueur de l'accord (2), la société Getty consent à la Sonatrach, sur chaque permis et sur la base du budget annuel, une avance correspondant à l'intégralité du financement qui incombe à l'entreprise publique (3).

De la même façon, la société Sun Oil (4) et la compagnie Hispanoil (5), notamment, ont avancé à la Sonatrach la totalité de sa quote-part aux dépenses de recherche.

Chose remarquable, le remboursement de ce concours financier par l'entreprise d'Etat, effectuée à sa convenance soit en nature, soit en espèce, est subordonné à la découverte sur le domaine minier relevant de l'association d'un ou de plusieurs gisements d'hydrocarbures liquides commercialement exploitables (6). Ce qui revient à faire supporter au partenaire étranger tous les risques découlant de l'activité d'exploration exercée par l'intermédiaire de l'association mixte.

SOUS-SECTION II
L'ASSOCIATION MIXTE ET LES CONDITIONS LIEES A SA NAISSANCE

En vertu des prescriptions de l'article 1er de l'Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (7), aucune personne morale étrangère ne peut désormais opérer dans le domaine de la recherche ou de l'exploition des hydrocarbures liquides sans s'associer avec la société nationale Sonatrach. C'est précisément pour mettre en œuvre cette règle impérative que les entreprises intéressées prévoient.

---

(1) - Conformément à l'article 41 de l'accord Sonatrach-Getty, cette contribution non remboursable s'élève à une somme globale de 9.500.000 dollars. Elle sera versée en cinq autres tranches lorsque la production aura successivement atteint 10.000, 20.000, 40.000 et 50.000 barils de pétrole brut par jour.

(2) - cf. art. 37, Accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(3) - cf. art. 38, al. 1, Ibid.

(4) - cf. PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 33.

(5) - cf. PGA n.- 106 du 16 Août 1973, p. 14.

(6) - cf. art. 40, Accord Sonatrach-Getty, op. cit. ; Accord Sonatrach-Sun Oil Compagny, *PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 33 ; Accord Sonatrach-Hispanoil, PGA n.- 106 du 16 Août 1973, p. 14.*

(7) - cf. J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 366.

dans l'accord qu'elles concluent entre elles (1), la création d'une association mixte. Mais loin de ne se voir imposer que cette dernière obligation (2), les parties doivent encore tenir compte, tant en ce qui concerne la naissance que la vie de l'entreprise en question, de certains principes fondamentaux. C'est ainsi que la détermination du quantum de la participation étrangère (§ 1), dans une moindre mesure la forme que doit revêtir leur société (§ 2) et, enfin, l'attribution du rôle d'opérateur (§ 3) échappent à leur volonté.

§ 1 - LE QUANTUM DE LA PARTICIPATION ETRANGERE DANS LE CAPITAL DE LA SOCIETE MIXTE -

Après avoir astreint la firme étrangère, qui envisage de s'établir dans le secteur pétrolier, à collaborer étroitement avec la Sonatrach, le législateur ne laisse planer aucune équivoque sur l'importance que peut atteindre la participation de cette société au capital de l'entreprise commune. En effet, quelle que soit la forme retenue (3), son pourcentage d'intéressement ne peut en aucun cas excéder 49 pour cent ; puisque, indépendamment du nombre d'associés qui coopèrent au sein de la société mixte, la société nationale Sonatrach doit toujours y bénéficier d'une participation majoritaire égale au moins à 51 pour cent (4).

Le cantonnement d'une compagnie pétrolière étrangère dans ce rôle minoritaire ne constitue pas une innovation dans l'exploitation des richesses du sous-sol saharien.

Le code pétrolier saharien, avant d'avoir été amputé à la veille de l'accession de notre pays à la souveraineté, subordonnait, déjà, toute demande d'un permis exclusif de recherche par une société à la justification de son contrôle par des ressortissants et des capitaux français (5).

Ce principe qui représente un facteur déterminant dans l'œuvre de remise en cause de l'anachronique système de concession comme moyen d'exploitation du domaine minier saharien (6), a été réintroduit dans l'accord conclu le 19 Octobre 1968 entre la Sontrach et Getty (7). C'est conformément aux

---

(1) - cf. Supra, p. 151 et s.

(2) - L'association ainsi prévue par l'ordonnance du 12 Avril 1971 constitue une double atteinte au principe de l'autonomie de la volonté : non seulement parce qu'elle est obligatoire, mais également parce que la société étrangère se voit imposer la Sonatrach comme partenaire.

(3) - cf. Infra, p. 163 et s.

(4) cf. Art. 3, al. 2, ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit.

(5) - cf. Supra, p. 164 et s.

(6) - Sur le système de la concession, cf. Supra, p. 137 et s.

(7) - cf. Art. 9 accord Sonatrach-Getty, op. cit.
Il convient de remarquer qu'à l'exception de l'accord Hispanoil-KNPC qui prévoit un intéressement de 51 pour cent en faveur de la Compagnie koweitienne, dans les accords d'association conclus avant 1971 par les pays producteurs d'hydrocarbures, la part de l'associé national ne dépassait jamais cinquante pour cent (cf. Etude comparée de l'accord et du protocole conclus entre l'Algérie et la Getty Pétroleum Compagny, El-Moudjahid, 9 Novembre 1968).

dispositions de cette convention que cette compagnie concessionnaire, qui exploitait déjà des gisements qu'elle avait découverts, a accepté d'être réduite au rôle d'associé minoritaire après avoir consenti une cession partielle d'actif au profit de la société nationale (1).

Fondée à l'origine de son instauration en Algérie uniquement sur la volonté des parties à un contrat, cette règle est devenue impérative depuis l'intervention de la loi-cadre régissant l'activité pétrolière. C'est pour cette raison que tous les accords d'association signés jusqu'alors en tiennent compte en ne réservant au partenaire étranger que ce pourcentage d'intéressement (2) ou un pourcentage encore inférieur (3).

Au-delà de l'influence qu'elle exerce sur le choix de la méthode de désignation de l'allégeance politique d'une personne morale (4), cette limite ainsi imposée à la participation du capital étranger illustre clairement la volonté de l'Algérie de contrôler effectivement l'exploitation de ses richesses en hydrocarbures liquides. En dehors de la monopolisation intégrale de ce secteur d'activité, à la réalisation de laquelle s'opposent encore des obstacles d'ordre technologique et d'ordre financier, ce contrôle sera d'autant plus efficace qu'il s'exerce par le biais de la Sontrach à l'intérieur même de chacune des entreprises établies dans le domaine pétrolier.

Ce qui, normalement, va se traduire par la caducité de certains mécanismes de surveillance institués par le code pétrolier saharien et dont l'inadaptation a été suffisamment démontrée(5).

En revanche, la mise en œuvre de ceux qui conservent encore une utilité même sous l'empire de l'ordonnance du 12 Avril 1971, et notamment les procédés d'information de l'administration(6), devra se faire sans aucune difficulté ; puisque c'est un organisme public qui assume le rôle prédominant dans la direction de chaque association mixte.

Mais pour modifier l'ancien système d'exploitation de ses richesses en hydrocarbures, la puissance publique avait-elle réellement besoin d'instaurer à son profit une participation d'au moins 51 pour cent ? Une telle question

---

(1) - cf. Art. 3.1, Accord Sonatrach-CFP - TOTAL Algérie ; Art. 2.2, accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla qui fixe les pourcentages d'intéressement de la façon suivante : 51 % à la Sonatrach, 33,10 % à TOTAL Algérie, 15,90 % à ELF Algérie ; pour la même répartition de 49/51 %, v. également : Accord Sontrach-Sun Oil Compagny, PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 32 ; Accord Sonatrach-Hispanoil, PGA n.- 106 du 16 Août 1973, p. 13.

(2) - V. Accord Sonatrach-Sun Oil Compagny, PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 32 ; Accord Sonatrach-Hispanoil, PGA n.- 106 du 16 Août 1973, p. 13.

(3) - cf. Art. 3.2, accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie aux termes duquel la participation d'ELF Algérie s'établit, selon les gisements, entre 49 à 16, 464 % ; Art. 5 1 a, Accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL concernant leurs relations au sein de REPAL qui attribuent 75,50 % des intérêts à la Sonatrach et 24,50 % à ELF Algérie. Mais il y est précisé que ces pourcentages sont susceptibles de varier.

(4) - V. Supra, p. 99 et s.

(5) - cf. M. BENCHIKH, op. cit. p. 9 et s.

(6) cf. Titre V. Décret n.- 59.1334 du 22 Novembre 1959 précisant les conditions d'application de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 op. cit.

mérite d'autant plus d'être posée que ce quantum a constitué un des termes du grand débat qui s'est engagé entre les pays producteurs de pétrole (1).

Bien qu'ils soient à peu près unanimes à considérer que le régime de la concession doit être remis en cause et pour convenir que la nationalisation pure et simple des compagnies pétrolières présente actuellement des difficultés, certains pays, dont le porte-parole n'est autre que le ministre saoudien du Pétrole, M. Zaki Yamani, étaient prêts à se contenter d'une participation minoritaire de l'ordre de 20 pour cent(2).

C'est justement cet objectif qui avait été concrétisé dans l'accord de New-York signé au mois d'Octobre 1972 par les Etats du Golfe Persique. Aux termes des dispositions de cette convention, les Etats signataires se voyaient transférer dès l'année 1973, 25 pour cent des actions des compagnies internationales exerçant une activité sur leur territoire. Le taux de cette participation ne devait passer à 51 pour cent qu'en... 1983 (3).

D'autres pays, tel que la Libye, s'étaient inspiré de l'exemple algérien pour revendiquer immédiatement une participation majoritaire ; estimant qu'elle représente la forme d'expropriation la plus adaptée aux circonstances présentes (4).

L'intérêt de cette discussion ne doit échapper à personne. Car derrière l'apparence anodine de ces deux taux relatifs au niveau que doit atteindre l'intéressement des pays producteurs, se cache en réalité une opposition de deux conceptions en matière d'exploitation d'hydrocarbures.

Les tenants de la participation minoritaire, qu'elle soit de 20 ou 35 pour cent, ne remettaient pas fondamentalement en cause le système existant. Ils semblaient se satisfaire, pour une décennie encore, du simple maintien du statut

---

(1) - Sur leur ralliement au principe de la participation, cf. Résolutions des XIIIème et XXIVème conférences de l'O.P.E.P., PGA n.- 59, 1er Septembre 1971, p. 27 ; résolution de la XXVIIème conférence, PGA n.- 73, 1er Avril 1971, p. 6 ; V. également dans ce dernier numéro son acceptation par les compagnies étrangères.

(2) - cf. M. YAMANI et la participation, PGA n.- 85, 1er Octobre 1972, p. 3 ; Texte intégral des déclarations de M. YAMANI sur la participation, Ibid, p. 29 ; V. N. SARKIS, Pétrole : participation et manœuvre politiques, Africasia n.- 51, 18 Octobre 1971 ; probablement du même auteur : la participation entre les manœuvres politiques et les réalités économiques, PGA n.- 59, 1er Septembre 1971, p. 3 ; JP SERENI, Tempête sur le Pétrole, Jeune Afrique n.- 564, 30 Octobre 1971 ; V. également : Jeune Afrique, n.- 579, 12 Février 1972, selon lequel l'Irak portait sa prétention à 30 %, le Nigéria à 35 % et les Pays du Golfe (Iran-Arabie Séoudite-Quatar-Koweit - Abu Dhabi) se contentaient de 20 %.

(3) - cf. Texte intégral de l'Accord de New-York sur la participation, PGA n.- 91, 1er Janvier 1973, p. 20 ; N. SARKIS, l'accord de New-York et ses incidences pétrolières, économiques et politiques sur les pays arabes , El-Moudjahid, 7 Octobre 1972.

(4) - cf. JP SERENI, op. cit. ; dépassant le stade de la simple affirmation du principe, la Libye a successivement nationalisé à 51 % les compagnies : Occidental, Exxon, Texaco, Mobil... etc... (cf. l'ère de l'énergie à bon marché s'achève, le Monde, 25 Décembre 1973). Pour illustrer l'évolution rapide de la politique pétrolière, il convient de signaler que d'importants changements sont intervenus depuis la conclusion de la convention de New-York : l'Irak a nationalisé les compagnies Exxon et Mobil (cf. PGA du 1er Novembre 1973, p. 34) ; le Koweit -Abu Dhabi et l'Arabie Séoudite ont porté leur participation à 60 % (V. PGA, 16 Février 1974, p. 23 ; El-Moudjahid, 4 Septembre 1974 ; Le Monde 1er Octobre 1974).

quo et parvenaient même, par leur attitude essentiellement réformiste, à consolider indirectement le régime de la concession. C'est ce qui explique que cette revendication ait été accueillie favorablement par les principales compagnies internationales (1). Se traduisant exclusivement par un apport financier supplémentaire au profit de ces pays producteurs, l'acquisition de cette proportion du capital n'aurait été génératrice, en dépit du fait que l'Etat n'est pas un associé comme les autres, que d'une faible modification quant à l'exercice du pouvoir de direction de la société.

Cette affirmation peut paraître excessive, à première vue, quand on sait qu'une participation de l'ordre de 20 pour cent peut suffire à un actionnaire pour contrôler en fait une entreprise (2). Mais c'est oublier qu'une telle situation n'est susceptible de se rencontrer que lorsque deux conditions se trouvent réunies : il faut, d'une part, que le capital de la personne morale en question soit réparti entre une multitude d'actionnaires ; il faut, d'autre part, que ces actionnaires, par leur inertie et leur absentéisme chroniques aux assemblées générales, se complaisent en fait dans le rôle de simples percepteurs de dividendes, et abandonnent ainsi aux administrateurs sociaux leurs prérogatives (3).

Or ces deux facteurs sont loin d'être vérifiés dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures. Cette chasse-gardée relevait du ressort exclusif de groupes internationaux, au sein desquels la concentration du capital est poussée à son extrême limite. C'est dire qu'une prise de participation non majoritaire est dénuée d'efficacité, car elle n'exerce pas d'influence réelle sur la façon de gérer l'entreprise et à travers elle le domaine minier. Le groupe privé continuera donc, malgré elle, à décider seul des rythmes de production, des méthodes d'exploitation des gisements. Il peut même à son gré, puisqu'il est l'unique maître du pétrole - du puits à la pompe -, faire apparaître le profit là où son intérêt l'exige, c'est-à-dire en dehors des frontières du pays producteur, réduisant ainsi à la portion congrue aussi bien les dividendes qui sont dus à ce dernier en raison de sa participation que ses revenus fiscaux (4).

Les partisans de la participation majoritaire ne font qu'illustrer, en adhérant

---

(1) - C'est ainsi que l'accord de New-York engage la British Pétroleum, la compagnie française de pétroles, Gulf-Oil, Mobil-Oil, Participations And-Explorations Corporations, Royal Dutch- Shell, Standard *Oil Compagny Of California, Standard Oil Compagny Of New-Jersey et Texaco (cf. El-Moudjahid, 7 Octobre 1972).*

(2) - JM. VERDIER, Filiales et participation, Juriscl. de dr. com., op. cit.

(3) - V. notamment : Cl. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration dans la société par actions, op. cit. ; M. VANHAEKE, les groupes de sociétés, op. cit.

(4) - Selon le rapport des Nations-Unies sur les sociétés multinationales (op. cit., p. 36) : «les décisions relatives à des opérations de couvertures en devises, à des emprunts, à la déclaration de dividendes, etc..., sont prises au niveau central. Cela a pour effet de subordonner les intérêts de la filiale à ceux de la société considérée dans son ensemble. Par conséquent, il se peut que les bénéfices déclarés aux fins de la perception des impôts locaux soient minimisés et les mesures de rendement peuvent perdre toute utilité si on ne prend pas soin de procéder aux ajustements nécessaires pour tenir compte des disportions accompagnant toute tentative d'optimisation globale des activités d'une société».

à ce principe, leur ferme volonté de maîtriser effectivement l'exploitation de leurs ressources minérales ; puisqu'ils sont persuadés, à travers leur expérience respective, que la réalisation de cet objectif passe non seulement par le bouleversement de l'anachronique système de concession, mais également par la prise en main de la direction de toute société opérant directement dans le domaine de la recherche et de la production des hydrocarbures. En l'état actuel des choses, l'exercice de ce contrôle interne par la puissance publique représente le seul procédé de gestion offrant le maximum de garanties : tout en permettant d'associer l'entreprise étrangère à l'activité pétrolière, il aboutit à ce que toutes les décisions importantes suscitées par l'exploitation du domaine minier soient prises en fonction des intérêts du pays hôte et non plus exclusivement de ceux du groupe étranger. C'est ainsi qu'il constitue notamment un moyen efficace d'empêcher le gaspillage des hydrocarbures gazeux et l'exploitation effrénée des gisements d'hydrocarbures liquides (1). En outre, en rendant sa surveillance plus aisée, le contrôle majoritaire constitue par là même un frein non négligeable à toute «évasion» fiscale et plus généralement au comportement extra-territorial de la compagnie pétrolière, et rend sans objet toute velléité de coalition des sociétés étrangères au sein d'une société mixte.

§ 2 - LA FORME DE LA SOCIETE MIXTE -

Mettant en œuvre le principe énoncé par l'article 1, à savoir que la société étrangère qui envisage d'opérer dans le secteur pétrolier doit au préalable s'associer avec l'entreprise publique Sonatrach, l'article 3 de l'ordonnance du 12 Avril 1971 précise que cette «association pourra revêtir soit la forme de société commerciale, soit d'une association en participation».

Compte tenu de sa rédaction défectueuse, ce texte appelle deux précisions préliminaires.

A prendre ses termes à la lettre, on pourrait être tenté d'en déduire, par un raisonnement a contrario, que l'association en participation que les parties ont la faculté de constituer pourrait être une société civile. Une telle interprétation n'aurait aucune chance de prévaloir : l'article 20 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958 (2), dont l'esprit est en harmonie avec les dispositions de la nouvelle législation, s'y opposerait. Il dispose, en s'inspirant de la loi du 9 Septembre 1919 qui a attrait l'activité minière dans le champ d'application du droit commercial (3), que l'exploitation des hydrocarbures liquides constitue un acte de commerce. C'est dire que l'association en participation qui est spécialement formée en vue de réaliser de telles opérations commerciales ne peut avoir que le caractère de société commerciale. Ce point de vue se trouve notamment confirmé par le fait que le législateur assujettit toute entreprise pétrolière, indépendamment de sa forme, à la fiscalité commerciale (4).

---

(1) - Le comportement de la compagnie Continental Oil en Libye peut, à ce propos, être citée comme exemple (cf. JP SERENI, op. cit.).
(2) - op. cit.
(3) - cf. G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit. n.- 688.
(4) - cf. Infra, p. 206 et s.

L'autre ambiguïté de l'article 3 précité résulte de l'expression générale de «société commerciale» qu'il utilise. En dehors de l'association en participation, est-ce à dire que les futurs associés peuvent indifféremment porter leur choix sur la société en commandite simple et par actions, la société en nom collectif, la société à responsabilité limitée et la société anonyme (1) ? A l'exception de la dernière, les autres formes sociales ne paraissent pas adaptées à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures liquides.

Qu'elle soit simple ou par actions, la société en commandite, qui tend d'ailleurs à tomber complètement en désuétude, cantonne certains associés dans le simple rôle de bailleurs de fonds et les écarte, par conséquent, de toute participation à la gestion de l'entreprise commune. Or la Sonatrach a également besoin de l'assistance technique de son partenaire étranger ; et celui-ci connaît trop l'importance stratégique des hydrocarbures pour se désintéresser de son plein gré de leur production.

Caractérisée par un intuitus personae poussé, dont le corrolaire est l'existence d'une responsabilité civile indéfinie, la société en nom collectif convient plutôt à une exploitation à caractère familial, c'est-à-dire ayant une dimension réduite.

Une raison fondamentale plaide, enfin, à l'encontre du recours à la formule de la société à responsabilité limitée : son capital social excède rarement en fait la somme de 500.000 dinars. Or, ce modeste plafond est sans commune mesure avec les exigences financières considérables que suscite le caractère aléatoire de la recherche des hydrocarbures. De plus, on voit mal le législateur qui soumet la société étrangère à un contrôle préalable de ses capacités financières (2) lui permettre, ensuite, par le biais de cette forme sociale, de limiter au minimum sa mise de fonds.

Tout cela revient à dire que l'association mixte, à laquelle doivent nécessairement donner naissance la Sonatrach et son cocontractant étranger, ne pourra prendre, comme le montre d'ailleurs la pratique, que la forme d'une association en participation ou d'une société anonyme (I).

Au-delà du cadre juridique choisi, ce qui est important à remarquer c'est que l'exercice du pouvoir de contrôle dans les organes de direction revient toujours, en principe, à la société nationale, en raison de sa participation majoritaire (II).

I) - Le recours à l'association en participation ou à la société anonyme -

Toute constitution d'une société commerciale est soumise à certaines conditions de forme et de fonds. Parmi ces dernières, les unes sont communes à la formation de n'importe quel contrat, alors que les autres sont particulières à la naissance d'une entreprise de droit commercial. C'est ainsi qu'en plus de

---

(1) - Pour une vue approfondie sur ces sociétés commerciales, cf. notamment : G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit. n.- 641 et s.

(2) - cf. Supra, p. 155 et s.

l'exigence de l'affectio societatis, c'est-à-dire d'une volonté des parties d'agir dans un véritable esprit de coopération, le législateur leur impose également deux obligations : effectuer des apports et partager équitablement les bénéfices et les pertes.

L'apport que doit faire la société étrangère à la société mixte se résume principalement à une contribution financière en vue de couvrir les investissements de recherche et de développement, ainsi que les avances de trésorerie (1).

Il revêt également l'aspect d'une assistance technique. A ce propos, l'article 18 de l'accord Sonatrach-Getty peut-être évoqué à titre d'exemple. Il stipule : «si dans le cadre de ses fonctions au sein de l'association l'opérateur (2) en exprime le désir, Getty fournira à Sonatrach l'assistance technique la plus large, notamment en mettant à sa disposition, aux frais de l'association, du personnel qualifié».

L'apport financier que doit effectuer l'entreprise publique Sonatrach ne deviendra effectif qu'en cas de découverte par l'association mixte d'un gisement de pétrole brut commercialement exploitable. C'est uniquement après cette éventuelle mise à jour qu'elle remboursera à son associé étranger cinquante-et-un pour cent des dépenses investies dans les opérations de recherches (3).

Mais son apport le plus important est incontestablement représenté par des titres miniers, dont elle est, à l'exception de la cotitularité consentie à Getty, l'unique attributaire (4). A ce propos, la question qui surgit immédiatement consiste à se demander si le statut de ces permis subit une quelconque influence du fait de la gestion au profit de tous les associés des surfaces qu'ils recouvrent. Deux situations doivent être envisagées.

L'association mixte prend-elle la forme d'une association en participation ? Dans cette hypothèse, caractérisée essentiellement par l'absence de personnalité morale (5), le régime juridique des titres ne fait l'objet d'aucune modification. La Sonatrach continuera donc à exercer tous les attributs qui découlent de leur attribution, en s'engageant toutefois à partager avec son partenaire les fruits qui naîtraient de leur exploitation. Ce qui montre qu'il est juridiquement erroné de parler de «domaine minier de l'association» (6) en participation.

L'association mixte épouse-t-elle le moule de la société anonyme ? La Sonatrach transfèrera alors à la personne morale ainsi formée la jouissance des titres miniers ; c'est dire qu'elle demeurera la seule attributaire.

S'agissant de la dernière condition constitutive du contrat de société, c'est-à-dire du partage des bénéfices, on ne peut s'empêcher de remarquer l'originalité de la modalité de sa réalisation. En effet, le système classique

---

(1) - cf. Supra, p. 156 et s.
(2) - Sur cette notion, V. Infra, p. 172 et s.
(3) - cf. Supra, p. 158.
(4) - cf. Supra, p. 139 et s.
(5) - cf. Infra, p. 166.
(6) - cf. Art. 23, accord Sonatrach-Getty, op. cit. ; Art. 3.1 accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-El-Algérie.

consistant à prévoir une distribution de dividendes ne semble pas prévaloir. L'article 6 de l'ordonnance du 12 Avril décide qu'en cas de découverte d'un gisement d'hydrocarbures liquides, chacun des partenaires à l'association en participation retire au champ sa part de production au prix de revient et au prorata de son intéressement. Lorsque c'est la société anonyme qui est choisie comme cadre d'action, l'utilisation de cette modalité de partage des bénéfices n'est pas obligatoire ; mais les parties ont la faculté d'y recourir par des dispositions contratuelles (1).

Aussi, constate-t-on, en pratique, une tendance quasi générale des accords conclus entre la Sontrach et les diverses compagnies étrangères, et indépendamment de la forme prise par leur association, à insérer une clause permettant de procéder directement à la répartition de la production des hydrocarbures liquides (2).

Ceci dit, il convient à présent d'évoquer les particularités de chacune des deux structures d'organisation que peut adopter la société mixte.

A - L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION -

Bien qu'elle emprunte la même terminologie et qu'elle présente quelques autres ressemblances, l'association en participation dont il est question à cette place ne doit pas être confondue avec la technique classique qui est prévue par les articles 42 et 45 du code de commerce (3). En effet, contrairement à cette dernière qui reste le procédé de droit commun, l'association en participation qu'organise l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, en s'inspirant de l'accord Sonatrach-Getty du 19 Octobre 1968, n'est réservée qu'aux relations pétrolières.

Ce qui est paradoxal dans cette association en participation, ce n'est pas tant l'absence de personnalité morale - puisque c'est sa caractéristique traditionnelle - mais le fait qu'elle apparaisse au public à travers l'institution d'organes de direction.

1) - L'absence de personnalité morale

L'accord Sonatrach-Getty ne laisse planer aucun doute à ce sujet. Son article 9, qui est relatif à la constitution de l'association en participation entre les deux parties, précise expressément qu'elle «n'est pas dotée de la

---

(1) - L'adoption de ce système de partage des «bénéfices» va, bien entendu, avoir une répercussion sur la désignation des personnes imposables (cf. Infra, p. 206 et s.

(2) - cf. Art 48, Accord Sonatrach-Getty, op. cit. ; Art. 6.1, Accord Sonatrach-CFP-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla, op. cit. ; Art. 5.1 a, Accord Sontrach-CFP et TOTAL Algérie, op. cit. ; Art. 5.1, Accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL concernant leurs relations au sein de la REPAL ; Art. 9.1, Accord Sonatrach-SOFREPAL-SOPEFAL relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie.

(3) - Reconduit par la Loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962, J.O.R.A du 11 Janvier 1963, p. 18.

personnalité juridique et ne revêt aucun caractère de société de capitaux ou de personnes. Elle consiste dans une simple juxtaposition de participation ou d'intéressements».

Ce trait de caractère classique (1) se trouve implicitement confirmé par la loi-cadre sur les hydrocarbures liquides. Ce défaut de personnalité morale est notamment confirmé par la répartition d'office au champ de la production et par l'imposition personnelle de chacun des associés (2).

2) - L'institution d'organes de direction -

Comme l'association en participation du code de commerce est absolument occulte, et que c'est précisément là que réside tout son intérêt, les rapports avec les tiers ne s'établissent qu'au nom personnel de chaque associé.

La solution imposée par le législateur dans le domaine des hydrocarbures liquides est complètement divergente : l'ostensibilité de la société résulte irrémédiablement de deux organes de direction, le conseil et l'administrateur.

a) - Le conseil -

Le conseil constitue l'organe collégial de direction de l'association en participation. L'article 4 de la loi fondamentale régissant les hydrocarbures liquides prend soin de préciser - comme si cela n'allait pas de soi, étant donné l'importance de sa participation (3) - que les représentants de l'entreprise publique doivent être en majorité.

La mise en œuvre des principes ainsi énoncés peut notamment être constatée dans l'accord relatif à l'association Sonatrach-Elf Algérie. Son article 4.1 stipule : «conformément aux termes de l'ordonnance n.- 71.22 susvisée et aux textes pris pour son application, la direction de l'association est assurée par un conseil de sept membres. Sonatrach et Elf Algérie désignent, chacune, respectivement quatre et trois membres» (4).

Sur un plan théorique, les pouvoirs qui appartiennent en propre à cet organe semblent illimités, puisqu'ils recouvrent «la direction, la gestion et l'administration» de la société mixte. Mais il en va autrement en ce qui concerne leur exercice : à l'exception de quelques attributions - surtout de contrôle - qui lui sont contractuellement réservées, il est tenu de déléguer l'ensemble des autres à l'administrateur (5). C'est ainsi que son intervention se réduit essentiellement à

---

(1) - L'article 4, al. 5 du code de commerce édicte en effet que «l'association en participation ne constitue pas une personne morale».

(2) - cf. Infra, p. 206 et s.

(3) - cf. Supra, p. 159 et s.

(4) - On retrouve exactement le même contenu dans l'article 3.1 a de l'accord Sonatrach-CFP-SOPEFAL-SOFREPAL ; sauf que TOTAL Algérie se voit représentée par deux membres et ELF Algérie par un seul membre ; V. également : Art. 11, Accord Sontrach-Getty, op. cit.

(5) - cf. Art. 4 al. 4, ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit.

approuver les budgets, les programmes de production annuels et les comptes de fin d'année (1). Il est en revanche seul maître de la décision en cas de renonciation éventuelle d'une quelconque parcelle faisant partie du domaine minier affecté à l'association (2).

Il convient de remarquer que le conseil conserve son rôle souverain dans l'accord Sonatrach-Getty ; puisqu'il «traite de l'ensemble des affaires de l'association» (3). Ce qui a pour conséquence de réduire les prérogatives de l'organe unique.

b) - L'administrateur -

Délaissant l'appellation de «président», utilisée par le contrat précité, l'ordonnance du 12 Avril 1971 préfère recourir à celle d'«administrateur». Mais la désignation de cet organe relève, dans un cas comme dans l'autre, de la compétence du conseil : il le choisit obligatoirement parmi les représentants de l'entreprise publique (4).

Une autre différence apparaît en ce qui concerne les attributions : alors que le président de l'association Sonatrach-Getty n'exerce, en dehors, de la convocation du conseil et de l'établissement de l'ordre du jour (5), que celles que ce conseil veut bien lui transférer, l'administrateur se voit déléguer de plein droit les pouvoirs de «direction, de gestion et d'administration» (6).

Nommés également par le conseil, le vice-président et l'administrateur adjoint représentent l'associé minoritaire. Sauf à préciser que cette représentation ne semble pas s'effectuer d'office dans le cadre de la nouvelle législation.

Juridiquement, une telle nomination ne devrait dépendre que de l'administrateur qui «peut se faire assister par un adjoint à qui il peut déléguer certains de ses pouvoirs» (7). Ce qui revient à dire que la société étrangère

---

(1) - cf. Art. 3.3 accord Sonatrach-CFP-ERAP relátif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla, op. cit. ; v. également : Art. 4.3 a, accord relatif à l'association Sonatrach-Elf Algérie.

(2) - V. Art. 4.3 b, Accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie, op. cit.

(3) - Art. 17, Accord Sonatrach-Getty, op. cit., qui énumère notamment : «a/ les engagements de travaux tels qu'ils sont définis à l'article 28 ci-après et les budgets d'exploitation sur chaque permis de l'association ainsi que leurs modifications éventuelles ;

«b/ les programmes et budgets d'investissement et de fonctionnement pour le développement ou l'exploitation, ainsi que leurs modifications éventuelles ;

«c/ tous les actes relatifs à la consistance du domaine minier et à son évolution ;

«d/ le contrôle annuel de l'exécution des engagements de travaux des programmes et des budgets ainsi que l'approbation des comptes de l'association pour chaque exercice».

(4) - V. Art. 12, Ibid, Art. 4 al. 3, ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit. Pour la mise en application de cette disposition, cf. Art. 4. 1 a, Accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie et Art. 3.1 a, Accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla, op. cit.

(5) - V. Art. 13, Accord Sontrach-Getty, op. cit.

(6) - cf. Art. 2, al. 4, Ord. 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit.

(7) - Art. 4, al. 5, Ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, op. cit.

n'aura la possibilité de proposer un candidat au poste d'administrateur adjoint que si l'administrateur consent au préalable à se faire aider. Pratiquement, cependant, et compte tenu des avantages qui résulteraient de la collaboration de deux hommes, les accords d'association reconnaissent ce droit à l'associé minoritaire (1). Il est vrai que le fonctionnement de cette institution est susceptible d'être paralysé par l'administrateur ; dès lors qu'aucune obligation ne pèse sur lui, il lui suffirait de refuser d'octroyer la moindre attribution à l'administrateur adjoint. Et celui-ci, à l'instar du directeur général adjoint dans la société anonyme (2), n'aurait aucun moyen de recours car il ne dispose pas de pouvoirs propres.

B - LA SOCIETE ANONYME -

Comme autre forme, l'association mixte peut également emprunter la technique de la société anonyme.

C'est par l'intervention d'un texte de loi que ce moule juridique a été utilisé pour la première fois et de façon remarquable depuis la promulgation de la nouvelle législation pétrolière. En effet l'article 1 du décret 71.98 du 12 Avril 1971 (3) porte création «entre la société nationale Sonatrach et chacune des sociétés dont le patrimoine, en Algérie, a été nationalisé dans la proportion de 51 pour cent par l'ordonnance n.- 71.11 du 24 Février 1971 d'autant de sociétés anonymes...».

Le juriste de formation classique ne manquera pas de trouver bien singulier ce procédé de constitution de sociétés. Car dans un domaine où l'échange de consentement des parties apparaît normalement comme l'élément fondamental, et dont le défaut est en principe sanctionné par la nullité du contrat, on voit la volonté unilatérale du législateur y suppléer comme s'il s'agissait de donner naissance à une simple entreprise publique.

Il convient de noter cependant que l'utilisation d'une technique aussi peu orthodoxe ne s'explique que par une conjoncture somme toute exceptionnelle. En effet, la tension qui caractérisait les rapports entre l'Etat et les compagnies françaises partiellement nationalisées était telle que tout accord en vue de la constitution de nouvelles sociétés à capitaux mixtes apparaissait d'emblée difficile à réaliser. C'est donc uniquement pour pallier l'inertie délibérée des compagnies étrangères - laquelle s'était manifestée bien avant l'intervention des mesures d'expropriation (4) - que la puissance publique, qui ne pouvait voir

---

(1) - cf. Art. 4.1 c, accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie, op. cit. ; Art. 3.1 c, Accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui -Ben Kahla, op. cit.

(2) - Sur ce problème, cf. notamment : OLLIER, le directeur général adjoint dans la société anonyme, Rev. Trimest. Droit. comm. 1961-533 ; G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit. n.- 1271.

(3) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 369. Pour la publicité des statuts de ces sociétés, cf. El-Moudjahid du 16 et 17 Mai, du 21 Mai et du 22 Mai 1971.

(4) - cf. Supra, p. 125 et s.

l'exploitation d'un secteur économique aussi stratégique en partie paralysée, a agi unilatéralement afin d'organiser la gestion de la part des actifs restant propriété des sociétés étrangères (49 %) et la part des actifs devenant propriété de l'Etat (51 %).

Quoi qu'il en soit, parmi toutes les personnes morales ainsi formées, seule la société anonyme ALREP, c'est-à-dire la plus importante (20.000.000 DA de capital) continue encore d'exister(1). A postériori, l'article 1.2 de l'accord précité conclu entre la Sonatrach, la CFP et TOTAL ALGERIE a expressément confirmé sa constitution.

En dehors de cette particularité passagère concernant l'absence d'une véritable assemblée constitutive, les organes de la société anonyme sont trop connus pour mériter qu'on s'y attarde.

Ce qui est surtout important, c'est de savoir que la représentation des associés s'y effectue selon le même principe que dans l'association en participation. Car, dans un cas comme dans l'autre, on sait que la Sonatrach détient une participation majoritaire qui lui permet de contrôler la direction de la société mixte.

II) - L'exercice du contrôle dans les organes de direction -

Au-delà de son intérêt purement financier, la véritable finalité de la participation majoritaire détenue par l'entreprise publique dans le capital de toute association mixte(2) est de lui conférer un pouvoir de contrôle sur l'organe de direction. Mais si cette règle est appliquée de façon quasi mathématique depuis la promulgation de l'ordonnance du 12 Avril 1971 (A), elle souffre une seule exception consentie par l'accord du 19 Octobre 1968 à la société Getty (B).

A - LE PRINCIPE : LE CONTROLE MAJORITAIRE EXERCE PAR LA SONATRACH -

Toute association mixte, constituée sous l'empire de la nouvelle législation en vue de rechercher et d'exploiter des hydrocarbures liquides, n'exerce son activité que sous le contrôle exclusif de l'entreprise publique Sonatrach. Cette situation privilégiée, qui n'est que l'aboutissement logique de la part qu'elle possède dans le capital de chacune des entreprises, se traduit d'abord par le fait que l'administrateur et la majorité des membres du conseil, armés de larges attributions, sont toujours désignés par elle. Mais cette primauté, dont jouit la société nationale au sein de chaque organe, s'illustre surtout par le fait que les

---

(1) - *Aux termes de plusieurs accords, la partie non nationalisée de l'actif de chacune des autres sociétés* a été acquise par l'Etat au profit de la Sonatrach. Ce qui s'est traduit par la *dissolution des sociétés anonymes mixtes concernées.*

(2) - cf. Supra, p. 159 et s.

décisions du conseil de direction sont prises à la majorité des voix des membres présents ou représentés(1). C'est dire que le partenaire étranger n'a pratiquement aucune possibilité d'influencer la marche de la société sans le consentement de la Sonatrach. Il est vrai que la portée de ce pouvoir se trouve quelque peu atténuée puisque les accords prennent soin d'organiser dans le détail les problèmes importants qui sont inhérents à la vie de l'association mixte, et que toute éventuelle renonciation à une parcelle du domaine minier géré au profit de l'entreprise ne peut se faire qu'à l'unanimité des membres du conseil (2).

B - L'EXCEPTION : LE CONTROLE PARITAIRE EXERCE PAR LA SONATRACH ET GETTY -

Exceptionnellement, dans le cadre de l'accord conclu entre la Sontrach et la Compagnie américaine Getty, la participation majoritaire dont bénéficie l'entreprise publique reste sans effet sur le fonctionnement des organes de direction de l'association mixte. Bien qu'il représente la Sontrach, le président n'a qu'un rôle réduit car il n'exerce que les attributions que lui délègue volontairement le conseil. Et s'il est habilité à convoquer ce dernier, le vice-président, désigné par Getty, possède également un tel pouvoir (3).

Ce qui est encore plus remarquable, c'est que les décisions au sein du conseil, organe souverain (4), ne sont votées qu'à la majorité des trois quarts des membres présents ou représentés (5). Comme la Sonatrach est représentée par quatre membres et Getty par trois, la société étrangère, même minoritaire, est assurée qu'aucune délibération ne peut se faire en dehors de son consentement. Ce qui a fait dire, à juste raison, que «le conseil de direction fonctionne donc comme un conseil paritaire avec tous les inconvénients d'un tel système» (6).

Plusieurs raisons tendent cependant à minimiser les risques de paralysie de cet organe collégial : les droits et les obligations de chacun des deux partenaires sont suffisamment précisés ; au cas où il devient impossible de parvenir à une décision, les parties ont la faculté de recourir à une procédure de conciliation (7) ; une importante disposition, enfin, autorise l'un des associés à augmenter le montant de ses investissements nonobstant la volonté contraire de l'autre ; c'est l'article 35 de l'accord stipulant que «la partie qui désire réaliser sur un permis des travaux supplémentaires auxquels l'autre partie n'accepte pas de participer, à la possibilité de les faire effectuer par l'opérateur, sous sa seule

---

(1) - V. notamment : Art. 4.2 accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie ; Art. 3.2 accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla ; Art. 20, in fine, Statuts de la Société anonyme ALREP, El-Moudjahid, 16, 17 Mai 1971.

(2) - cf. Art. 4.3 b, accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie, op. cit.

(3) - cf. Art. 13, accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(4) - cf. Supra, p. 167 et s.

(5) - cf. Art. 16, al. 1, accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(6) - M. BENCHIKH, op. cit. p. 319.

(7) - cf. Infra, p. 241 et s.

responsabilité et à ses frais» (1).

§ 3 - L'EXERCICE DU ROLE D'OPERATEUR -

Le fait que la Sontrach possède une participation majoritaire dans le capital de chacune des sociétés mixtes constituées sur le territoire permet-il à l'Algérie de prétendre, pour autant, contrôler réellement la gestion de tout son domaine minier ?

La réponse paraît affirmative si l'on raisonne dans une optique strictement juridique. Car le pouvoir de décision dont jouit l'entreprise publique permet à l'Etat de faire respecter son droit de souveraineté sur ses ressources naturelles.

Mais c'est oublier que la pratique pétrolière dans plusieurs pays producteurs qui se sont contentés d'une participation purement financière a révélé que l'abandon du rôle d'opérateur au partenaire étranger lui permet de rester pratiquement maître de la société et d'orienter son activité à son profit (2). Aussi, en partant «du principe fondamental que le travail sur le terrain est la meilleure des écoles pour la formation de (ses) cadres et que l'exercice du rôle d'opérateur est la condition sine qua non de toute politique tendant à (se) libérer de l'emprise étrangère et à assurer par (ses) propres moyens, et selon (ses) intérêts propres, la valorisation de (ses) richesses» (3), l'Etat a pris la précaution de confier ce rôle essentiel à la Sonatrach (A). L'ordonnance du 12 Avril 1971 a toutefois atténué ce principe : elle autorise l'entreprise publique à confier, si elle le désire, cette mission à la société étrangère, mais seulement pendant la phase d'exploration (B).

A - LE ROLE D'OPERATEUR APPARTIENT DE PLEIN DROIT A LA SONATRACH -

Transformant en règle générale une innovation qui a été introduite par l'accord Sonatrach-Getty (4) ; l'article 5, al. 1, de la loi-cadre en matière d'hydrocarbures liquides dispose : «la conduite des opérations de recherche et d'exploitation pour le compte de l'association est assurée par la société

---

(1) - L'article 35, al. 2, ajoute : «Si les travaux supplémentaires aboutissent à une découverte, la partie qui les a supportés a seule droit aux hydrocarbures produits. Néanmoins, l'autre partie à laquelle cette découverte aura été notifiée, peut obtenir des droits sur la production égaux à son pourcentage d'intéressement en payant à celle qui s'est engagée seule cinq fois la valeur totale des travaux supplémentaires effectués par celle-ci, majorée de 10 %. Cette option lui est ouverte tant que la mise en production commerciale de découverte n'a pas commmencé...». C'est un contenu presque similaire à celui de cette dernière disposition que reprend notamment l'article 7.6 de l'accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie, op. cit.

(2) - cf. A. SOULEIMAN, op. cit. p. 10 ; dans le même sens, v. également : Etude comparée de l'accord et du protocole conclus entre l'Algérie et la Getty Pétroleum Compagny, El-Moudjahid du 9 Novembre 1968.

(3) - B. ABDESSLAM, Ministre de l'Industrie et de l'Energie, discours prononcé lors du Colloque des économistes arabes.

(4) - cf. Art. 18, Accord Sonatrach-Getty, op. cit.

nationale Sonatrach». Cette disposition fait donc expressément obligation à la société mixte ayant pour objet une activité pétrolière, d'abandonner le rôle d'opérateur à l'entreprise publique.

C'est pour cette raison que tous les accords conclus récemment reprennent in extenso ses propres termes (1).

Comme le législateur ne s'est pas donné la peine de préciser en quoi consistent exactement les attributions de l'opérateur, le seul moyen de parvenir à une délimitation approximative est de s'inspirer de l'accord Sonatrach-Getty. Conformément à son article 19, «l'opérateur exerce ses fonctions comme gérant de l'association dans le cadre des directives générales données par le conseil de direction». A cet effet, il établit les programmes de travaux annuels et les budgets correspondants, et les soumet pour approbation au conseil de direction ; il dirige l'exécution de tous travaux de recherche et d'exploitation ; en cas de découverte d'un gisement commercialement exploitable, il prépare le programme global des travaux indispensables à sa mise en production et à la commercialisation de ses produits ; il négocie et contracte avec les tiers pour tout ce qui se rapport à la réalisation de sa mission ; il tient la comptabilité, fournit un rapport trimestriel au conseil de direction et procède à tous appels de fonds auprès des parties, conformément aux budgets approuvés (2).

Dans la limite des programmes et des budgets qui lui sont votés, l'opérateur agit comme un représentant des associés et est armé de tous les pouvoirs. Sa responsabilité vis-à-vis d'eux ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde ou de non respect de l'une de ses obligations (3).

B - LE ROLE D'OPERATEUR PEUT ETRE CONFIE A LA SOCIETE ETRANGERE -

Contrairement à l'accord Sonatrach-Getty qui désigne l'entreprise publique comme opératrice exclusive, l'article 5, al. 2 de l'ordonnance du 12 Avril 1971 introduit un assouplissement. Il prévoit que ce rôle peut, si la Sonatrach y consent, être confié à l'associé minoritaire, c'est-à-dire à la société étrangère (4). Mais elle ne peut assurer cette fonction, et avoir ainsi la possibilité de faire valoir directement son expérience, que pendant la phase d'exploration. Ce qui réduit donc considérablement les risques de voir le partenaire étranger acquérir une trop grande influence dans la mise en valeur des hydrocarbures.

C'est justement en fonction de cette disposition législative, que la Sun Oil

(1) - V. notamment : Art. 4.4, accord relatif à l'association Sonatrach-ELF Algérie, op. cit. ; Art. 3.4, accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui-Ben Kahla, op. cit.

(2) - cf. Art. 20, Accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(3) - cf. Art. 21. Accord Sonatrach-Getty, op. cit.

(4) - La conduite des opérations peut également revenir soit à l'association mixte, soit à une société créée à cet effet et dont la Sonatrach aura au moins 51 % du capital (Art. 5, Al. 2, ordonnance n.- 71.22 12 Avril 1971, op. cit.).

Compagny a été chargée du rôle d'opérateur sur le périmètre de Rhoumde El Sid (1).

En dehors du droit pétrolier, la société étrangère peut également s'établir sous l'empire des dispositions du Code des Investissements.

---

(1) - cf. Accord Sonatrach-Sun Oil Compagny, PGA n.- 98 du 16 Avril 1973, p. 33.

CHAPITRE II-

LE CODE DES INVESTISSEMENTS

Texte spécial élaboré par la plupart des pays en voie de développement afin d'attirer des capitaux privés (1), le code des investissements (2) doit être considéré comme un important instrument de la planification économique. Et s'il intéresse dans une large mesure l'investisseur national, il constitue en outre, à bien des égards, une des principales lois régissant le statut professionnel des étrangers (3). Aussi, lui revient-il de préciser les conditions auxquelles il subordonne l'octroi à une société étrangère du régime préférentiel qu'il instaure.

Mais avant d'étudier la plus importante de ces conditions, c'est-à-dire le bénéfice d'un agrément (Section II) - qui n'est notamment conféré que dans la mesure où le projet d'entreprise s'insère bien dans la politique de développement qui a été tracée -, il faut, d'abord, s'attacher à circonscrire le domaine d'application de ce code des investissements (Section I).

SECTION I
LE DOMAINE D'APPLICATION
DU CODE DES INVESTISSEMENTS

Pour pouvoir prétendre au bénéfice du régime dérogatoire au droit commun instauré par l'ordonnance du 15 Septembre 1966, la société étrangère doit nécessairement être prête à réaliser un investissement. C'est dire à quel point est capitable la définition de ce concept, puisque c'est elle qui permet de délimiter le champ d'application du code des investissements.

Avant même d'entrer dans le langage juridique, l'investissement est d'abord une notion purement économique. Mais, en dépit de la paternité dont ils peuvent se réclamer, il semble que les économistes éprouvent quelques difficultés à enserrer ce mot dans une définition simple et unique en raison de la multiplicité des opérations qu'il recouvre (4). Pour illustrer cette divergence, deux exemples suffiront : alors que le dictionnaire des sciences économiques

---

(1) - V. notamment : M. DAHAN, comment investir en Afrique, numéro spécial, Jeune Afrique, 1971 ; P. LEGOUX, de quelques codes d'investissements, R.J.P.I.C, 1968, p. 938 et s.

(2) - Ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements, J.O.R.A. du 17 Septembre 1966, p. 901 ; V. Annexe II.

(3) - V. P. KAHN, *Rep. Dall. dr. int. priv.* V° «Investissement» n.- 14.

(4) - V. PH. KHAN, problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne afrique française, journ. dr. int. priv., 1965, p. 343 et s.

considère l'investissement comme étant «toute acquisition d'un bien capital en vue d'en percevoir et d'en consommer le revenu», un auteur estime, quant à lui, que l'«investissement», encore appelé formation du capital, comprend toutes les additions apportées pendant l'année au patrimoine matériel du pays» (1).

En dépit de leur utilité, de telles définitions ne peuvent pleinement satisfaire le juriste. «En effet, l'investissement réalisé va donner naissance à des biens. Or les biens ont un sens juridique précis, ils peuvent entrer dans de nombreuses classifications, et il n'est pas sûr que les biens juridiques soient les mêmes, ni que les codes puissent retenir tous les biens» (2).

C'est sans doute en raison de cet obstacle que l'ordonnance du 15 Septembre 1966 a préféré, à l'instar de nombreuses autres lois promulguées en Afrique, donner indirectement, par l'emploi d'une formule synthétique (3), sa propre définition en précisant les secteurs d'activité soumis à l'empire de ses dispositions. Pour y être assujettie, la société étrangère doit investir dans l'industrie ou le tourisme (§ 1). Une importante atténuation est cependant apportée à ce principe, en ce sens que cette société ne peut pas s'établir de façon autonome dans les secteurs dits «vitaux» (§ 2).

§ 1 - LA SOCIETE ETRANGERE DOIT INVESTIR DANS L'INDUSTRIE OU LE TOURISME -

Aux termes de l'article 4 du code des investissements, «les personnes physiques ou morales, tant algériennes qu'étrangères, peuvent, moyennant un agrément préalable..., créer ou développer des entreprises industrielles (5) ou touristiques (4) augmentant l'équipement productif de la Nation...».

A la lueur de cette disposition, on voit que ce n'est pas n'importe quel investissement qui est susceptible d'être agréé et de se voir éventuellement octroyer tout ou partie des avantages financiers et fiscaux prévus. Il faut nécessairement qu'il s'agisse d'un investissement direct (A), encore que cette condition ne soit pas suffisante puisque la création ou l'extension d'une

---

(1) - MALINVAUD, initiation à la comptabilité nationale, éd. INSEE Paris, 1960, p. 27.

(2) - PH. KAHN, problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne afrique française, op. cit., p. 343.

(3) - Au lieu d'utiliser la méthode conceptuelle, certains pays préfèrent plutôt énumérer les entreprises susceptibles de bénéficier du régime spécial (V. PH. KAHN, problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne afrique française, op. cit.).

(4) - Selon le dictionnaire de science économique (éd. Mamé, 1968 pp 256 et 257) ; le mot industrie : «désigne l'ensemble des unités économiques de production qui, par l'usage de facteurs (capital et travail), transforment des biens réels en produits. Elles dégagent une valeur ajoutée qui mesure la contribution productive de chacune d'elles. On distingue communément l'industrie lourde et l'industrie légère. L'industrie lourde suppose une immobilisation d'actifs élevés et transforme des biens de base (la sidérurgie). L'industrie légère, mécanique par exemple, n'implique, elle, qu'une intensité capitalistique relativement moindre et élabore des produits plus proches de la demande finale».

(5) - Le tourisme est l'«industrie ayant pour objet la satisfaction des besoins du touriste» (Grand Larousse Encyclopédique).

exploitation purement commerciale est exclue (B) (1)

A) - **L'exigence d'un investissement direct** -

En subordonnant l'admission au régime préférentiel à la création ou au développement d'une entreprise, le législateur montre clairement que, à l'exclusion de l'investissement en portefeuille (2), seul l'investissement direct est susceptible d'être pris en considération, c'est-à-dire celui qui est effectué dans le but d'exercer une influence sur la marche de la société, en raison de la part du capital détenue par l'investisseur. Car on estime que c'est essentiellement la volonté d'acquérir la maîtrise de l'entreprise, ou du moins la possibilité de participer effectivement à son administration, qui définit cette catégorie d'investissement (3).

Cette préférence ainsi accordée à l'investissement direct (4) dans un pays où l'objectif primordial demeure la construction d'une économie indépendante semble paradoxale a priori. Mais la contradiction n'est qu'apparente. L'explication d'un tel choix se trouve dans le fait que cet investissement s'accompagne presque toujours d'un apport continu de techniciens et d'expérience industrielle. Or, si l'on se place du point de vue du développement économique d'un pays anciennement colonisé, cet apport en «savoir-faire» est aussi important

---

(1) - En plus de ces deux conditions fondamentales, l'article 21, al. 1, de l'ordonnance du 15 Septembre 1966, exige :
– Un plan financier satisfaisant et des fonds propres adéquats ;
– Un effort de formation spécialisée de la main-d'œuvre nationale ;
– Une localisation en harmonie avec les plans.
En ce qui concerne spécialement les investissements étrangers, l'alinéa 2 précise que «les critères ci-après seront en outre pris en considération :
– Ouverture de marchés extérieurs d'exportation ;
– Importance de la valeur ajoutée dégagée en Algérie par l'entreprise ;
– Degré d'utilisation des matières premières locales ;
- Niveau de couverture, par des fonds propres, de l'investissement à réaliser».

(2) - Dans le rapport du comité fiscal de l'O.C.D.E. consacré aux mesures fiscales pour encourager les investissements privés dans les pays en voie de développement (1965, p. 11 et s), l'investissement en portefeuille - qui prend ordinairement la forme d'un prêt ou d'une faible participation au capital social - est défini par son caractère passif par rapport à l'investissement direct. Lequel, selon la même source, serait qualifié, du point de vue de la comptabilité nationale, lorsqu'une participation au capital d'une société atteindrait une proportion de 25 %. Ce quota n'a cependant rien d'absolu puisqu'en considère (V. n otamment : PH. KAHN, rep. Dall. dr. int. priv., op. cit., n.- 7) qu'une participation de 5 à 6 % au capital d'une société dont les titres sont largement répandus dans le public suffit bien souvent pour en assurer la maîtrise».

(3) - V. PH. KAHN, ibid.

(4) - La doctrine unanime (V. en particulier L. DURAND-REVILLE), op. cit., p. 122) s'accorde à souligner que «les valeurs en portefeuilles (obligations principalement) qui avaient constitué durant l'âge «d'or» de l'investissement privé, l'élément essentiel des placements internationaux ne représentent plus à l'heure actuelle qu'une fraction secondaire... du total des investissements privés étrangers dans les pays en voie de développement».

que les capitaux eux-mêmes (1). Autrement dit, loin de constituer un obstacle à la mise en place d'une économie relativement autonome, l'investissement direct peut, lorsqu'il est sélectionné et étroitement contrôlé, aider à sa réalisation en contribuant notamment à la formation des hommes.

Les dispositions du code des investissements ne sont pas limitées, contrairement à ce que l'on pourrait croire, à l'établissement intervenu postérieurement à leur promulgation. Il ne faut pas oublier que l'article 4 y inclut non seulement la création mais également le développement d'une entreprise industrielle ou touristique. Une société étrangère installée sur notre territoire avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 Septembre 1966, peut, en procédant à une simple extension de son entreprise initiale conformément à la politique tracée par les plans et les programmes économiques, invoquer le bénéfice de ce statut dérogataire au droit commun. Ce qui est d'ailleurs expressément confirmé par l'article 24, in fine, qui précise que : «lorsque l'agrément est donné pour l'extension d'une entreprise existante, les garanties générales, les avantages financiers et les avantages spéciaux peuvent être consentis soit à toute l'entreprise, soit pour la seule extension...».

Il convient de remarquer toutefois que ce n'est pas n'importe quelle personne morale qui se voit conférer le droit d'intégrer au moins une partie de son activité préexistante dans le champ d'application du code des investissements. Une discrimination fondée sur la date de l'établissement a été introduire. Il ressort en effet de l'article 28 que ce privilège n'est pas encore reconnu aux entreprises qui se sont installées sur notre territoire antérieurement au 26 Juillet 1963 (2) ; tout au moins tant que le décret qui devait en définir les conditions n'aura pas été promulgué (3).

Qu'il se traduise par la création ou par un simple développement d'une entreprise, l'investissement direct ayant une nature purement commerciale se voit de toute façon exclu de l'empire des dispositions du code des investissements.

B) - L'exclusion de l'activité commerciale autre qu'industrielle ou touristique -

En dehors de l'industrie ou du tourisme auxquels fait expressément référence le législateur pour définir l'investissement, toute autre activité est écartée du

---

(1) - V. Rapport de la commission fiscale de l'O.C.D.E., op. cit., p. 11 et s.

(2) - Le premier code des investissements a été promulgué par la loi n.- 63.277 du 26 Juillet 1963, J.O.R.A. du 2 Août, p. 774.

(2) - L'article 28 de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 dispose «dans le but de favoriser la réalisation des plans et programmes économiques fixés par le gouvernement, un décret définira les conditions auxquelles les entreprises agréées antérieurement au 26 Juillet 1963 devront conformer l'ensemble de leur activité». Par entreprises agréées antérieurement au 26 Juillet 1963, il faut certainement entendre celles qui ont bénéficié du régime spécial instauré par le plan dit de Constantine. Il importe de noter que la loi tunisienne du 26 Juin 1969 portant code des investissements ne frappe d'aucune exclusive les sociétés créées avant son entrée en vigueur (V. DAHAN, op. cit., p. 19).

domaine d'application de l'ordonnance du 15 Septembre 1966. Cette mise à l'écart touche donc ce que l'on pourrait appeler la profession commerciale proprement dite, c'est-à-dire «toutes les activités de distribution qui ne sont pas, au sein d'une même entreprise, la suite nécessaire d'une activité de production ou de transformation» (1). L'exclusion de ce secteur peut, au-delà de l'utilisation d'un raisonnement a contrario, être étayée aisément.

L'investissement, qu'il se réalise par une création ou une extension d'une entreprise, doit avoir avant tout pour résultat d'augmenter l'équipement productif de la nation (2) ; lequel fait encore tant défaut aux pays en voie de développement. Or bien que son rôle ne soit pas négligeable dans une structure économique, il est douteux que l'activité commerciale, telle qu'elle est définie ici, soit une source d'un accroissement notable de nos capacités de production. Il importe de remarquer en outre que cette branche de l'économie est déjà suffisamment développée par rapport aux secteurs industriel et touristique, sans doute en raison du peu de technicité et de moyens financiers qu'elle exige.

L'exposé des motifs de l'ordonnance portant code des investissements prévoit, d'autre part, «la publication d'un décret qui définira les modalités d'intervention du capital privé dans les secteurs du commerce intérieur et des services...». Peu importe qu'aucune disposition du code ne fasse clairement mention du décret auquel les rédacteurs de l'exposé des motifs font ainsi allusion. Ce qui est important, c'est d'en déduire que, dans l'esprit du législateur, l'exploitation purement commerciale ne peut prétendre au bénéfice du régime particulier.

§ 2 - LA SOCIETE ETRANGERE NE PEUT INVESTIR DE FAÇON AUTONOME DANS LES SECTEURS VITAUX -

Bien que le capital privé étranger - ou national - soit incité à s'investir dans l'activité industrielle ou touristique, il ne faut pas croire qu'il jouit de ce fait de toute liberté d'intervention à l'intérieur de ces deux branches. Dans le but de jeter les bases d'une économie indépendante, le législateur a pris soin de prévoir que l'«initiative de la réalisation des projets d'investissements dans les secteurs vitaux de l'économie nationale revient à l'Etat et aux organismes qui en dépendent» (3). Par cette disposition, la puissance publique ainsi que toutes les sociétés nationales se voient donc d'emblée attribuer un véritable monopole dans les branches stratégiques de l'économie (4).

---

(1) - PH. KAHN, problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne afrique française, op. cit., p. 344).

(2) - V. Art. 4, code des investissements, op. cit. V. Supra, p. 176

(3) - Art. 2, al. 1, code des investissements, op. cit.

(4) - Même si les bénéficiaires de la discrimination sont différents, il est intéressant de remarquer que les pays libéraux sont également sensibles à la préservation de leurs secteurs vitaux. Selon une déclaration d'un ministre français faite le 23 Mai 1966 (citée par PH. KAHN, rep. dall. dr. int. priv., op. cit., n.- 32) : «dans un pays comme la France, avec sa conception d'indépendance, il faut qu'il existe certains secteurs où une industrie nationale

La difficulté majeure naît de la quasi impossibilité de déterminer avec suffisamment de précision ce qu'il faut entendre par «secteurs vitaux», c'est-à-dire de délimiter par là même le champ dans lequel la société étrangère n'a pas la possibilité de s'établir de façon autonome. D'autant plus que le décret prévu pour définir les dits secteurs (1) n'est pas encore paru. Et il est permis de se demander s'il paraîtra un jour. Car plus que tout autre domaine, la réalisation d'une stratégie économique a besoin de mouvements et d'adaptations perpétuels ; elle est allergique à tout immobilisme. C'est sans doute ce qui explique le mutisme gardé jusqu'à présent par le législateur, qui ne s'empresse pas de figer dans un texte la liste des secteurs essentiels, sachant qu'une branche d'activité qui n'aurait point un tel caractère aujourd'hui pourrait, compte tenu de l'évolution de la conjoncture, l'acquérir facilement demain. Dans ces conditions, et étant donnée l'incertitude de la jurisprudence de la commission nationale des investissements, seule l'implantation des entreprises publiques est à l'heure actuelle susceptible de nous aider à présumer la configuration approximative des secteurs vitaux (2).

L'exclusion de la société étrangère de ces secteurs n'a cependant rien d'absolu. L'Etat peut, même à propos d'investissements à réaliser à l'intérieur de cette sphère,faire appel au concours du capital privé extérieur et déterminer «alors, cas par cas, les modalités» (3) de son intervention. Ce qui semble indiquer - la pratique le confirme d'ailleurs - que si l'établissement d'une firme étrangère est exclu des secteurs vitaux lorsqu'il doit se traduire par la constitution d'une filiale autonome (4), il est en revanche encouragé lorsqu'il prend la forme d'une participation au capital d'une société d'économie mixte (5).

De toute façon, quel que soit le secteur d'établissement, le bénéfice du régime dérogatoire institué par le code des investissements est toujours

---

soit au minimum prédominante. Nous ne pouvons accepter ce que certains appellent une «colonisation économique» de nature à satisfaire nos intérêts et à nous réconforter. Il faut donc qu'il soit bien entendu que dans certains secteurs essentiels pour la vie du pays, il y ait prédominance incontestée et incontestable des intérêts nationaux...».

(1) - Art. 2, al. 3, code des investissements, op. cit.

Utilisant une méthode inverse à celle de notre droit positif, le législateur marocain a, semble-t-il, et par un décret du 19 Février 1970 (v. M. DAHAN, op. cit., p. 17) préféré établir une liste des secteurs industriels auxquels s'applique l'incitation à investir.

(2) - V. dans le même sens : G. DESTANNE DE BERNIS, l'économie algérienne depuis l'indépendance, op. cit., p. 23.

(3) - Art. 2, al. 2, code des investissements, op. cit.

(4) - Il convient de souligner qu'une entreprise étrangère peut également intervenir dans les dits secteurs en vue de l'exécution d'un contrat ayant le plus souvent pour objet la fourni*ture, le montage et la mise en marche d'une usine. L'article 5 du code des investissements dispose en effet que : «lorsque la réalisation des plans économiques nationaux le requiert, et quels que soient les secteurs, l'Etat peut lancer des appels d'offres de création, par des capitaux privés, d'entreprises déterminées dont les objectifs de production, l'implantation géographique et les conditions d'exploitation font l'objet d'un cahier des clauses régissant l'investissement...».*

(5) - Sur cette forme d'association, V. Infra, p. 185 et s.

subordonné à un agrément.

SECTION II
L'AGREMENT PREALABLE AU BENEFICE DES DISPOSITIONS DU CODE DES INVESTISSEMENTS

Même si elle ne paraît pas avoir encore été utilisée - sauf dans le domaine pétrolier (1) -, la convention d'établissement (2) qui s'assigne pour objet d'organiser le statut de très gros investissements étrangers (3) constitue, avec l'agrément, l'autre moyen qui ouvre l'accès au bénéfice des dispositions du code. Cette convention peut également être génératrice d'un régime exceptionnel plus favorable que celui instauré par le code des investissements.

L'article 7, alinéa 2, de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 y fait allusion. Il édicte que : «toute garantie ou avantage particulier qui nécessiterait l'installation ou le fonctionnement d'une entreprise pourra être accordé par voie contractuelle entre l'Etat et l'investisseur après avis de la commission nationale des investissements».

Tout en étant inséré dans certaines limites, ce procédé, empreint de plus de souplesse, permet notamment à la puissance publique de consentir - lorsque l'investissement projeté offre réellement un grand intérêt pour l'économie du pays - «un régime conventionnel en matière d'impôts d'Etat pour une période ne pouvant dépasser dix ans» (4). Il est vrai que ce régime négocié ne peut être accordé que dans la mesure où la société qui le sollicite s'engage à ne réaliser annuellement qu'un bénéfice net n'excédant pas quinze pour cent des fonds qu'elle prévoit d'investir (5).

Ceci dit, en dehors du peu de succès rencontré jusqu'à présent par la convention d'établissement, le laconisme du code des investissements nous interdit de nous y étendre plus longuement.

Heureusement qu'il en va tout autrement pour la procédure d'agrément. Nous verrons que celle-ci varie selon que l'investissement a un caractère purement privé (§ 1) ou mixte (§ 2).

§ 1 - LA PROCEDURE D'AGREMENT EN CAS D'INVESTISSEMENT PUREMENT PRIVE -

Moyennant un agrément préalable dans la forme prévue aux articles 20 à 27,

---

(1) - V. Supra, p. 148 et s.

(2) - Pour une vue d'ensemble de ce problème, V. M. PAILLERE, le contrat d'investissement dans les pays en voie de développement, in les investissements et le développement économique du tiers monde, op. cit., p. 118 et s ; V. également : PH. KAHN, les problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne afrique française, op. cit., p. 357 et s.

(3) - Sont considérés comme tels, aux termes de l'article 19, al. 1, du code, les investissements dépassant 5.000.000 de D.A.

(4) - Art. 19, b code des investissements, op. cit.

(5) - Ibid.

indique l'article 4 du code des investissements, les personnes physiques et morales - qu'elles soient algériennes ou étrangères - peuvent créer ou développer une activité tant industrielle que touristique.

Avant de décrire les trois modalités d'agrément - à condition de détruire l'opinion qui prétend à priori exclure les étrangers de l'une d'elle -, il convient de signaler que la procédure débute toujours par une demande écrite adressée au secrétariat de la commission nationale des investissements et accompagnée des documents et des renseignements prévus par l'arrêté du 31 Mars 1967 (1).

A) - L'agrément préfectoral -

Chaque fois que le montant total de l'investissement n'excède pas cinq cents mille dinars et qu'aucun avantage financier n'est sollicité, la requête en vue de bénéficer d'un agrément doit être adressée au préfet (2).

C'est par référence à ce texte, qui paraît pourtant suffisamment clair, que les rédacteurs de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 prétendent déduire que cette forme d'agrément ne serait réservée qu'à l'initiative exclusive des nationaux (3).

La simple lecture de l'article 20, a - ou d'ailleurs celle de toute autre disposition du code - ne révèle nullement une telle discrimination faite au détriment des investisseurs étrangers. Même si un simple exposé des motifs n'a pas force de loi, il convient malgré tout de procéder à une analyse attentive du code afin de refuter cette affirmation.

On pourrait, tout d'abord, considérer la faiblesse relative du montant de l'investissement que recouvre l'agrément préfectoral et l'aptitude des Algériens à y faire face pour en tirer comme conséquence l'exclusion du capital étranger de cette forme de procédure. Outre qu'aucun indice législatif n'est susceptible de l'étayer, cet argument doit être écarté en raison du fait que notre pays attache une grande importance à l'apport d'une expérience industrielle. Or sur ce plan, une entreprise étrangère, même de dimension réduite, peut être un creuset de «savoire-faire».

Le recours à la nature de l'avantage concédé ne permet pas non plus de conforter le point de vue des rédacteurs de l'exposé des motifs. En effet, si cette forme de procédure était exclusive de l'attribution des garanties générales (4), d'avantages financiers (5) et d'avantages spéciaux (6), on pourrait à la rigueur interpréter ce défaut de toute mesure d'incitation à investir comme un moyen d'en écarter indirectement la société étrangère. Seulement, loin de

---

(1) - Arrêté du 12 Mars 1967 portant création, organisation et fonctionnement des commissions régionales d'investissements d'Alger, d'Oran et de Constantine, J.O.R.A. du 14 Avril 1967, p. 298.

(2) - Art. 20. a, code des investissements.

(3) - V. Le code des investissements, brochure éd. par la C.A.D. 1967, p. 16.

(4) - V. ch. I, Titre II - Code des investissements.

(5) - V. ch. II, Ibid.

(6) - V. ch. III, Ibid.

refuser tout avantage, l'article 20 - à se contente de disposer que l'agrément préfectoral ne peut être consenti que lorsque aucun avantage financier, c'est-à-dire fiscal, n'est sollicité. En n'accordant aucun statut fiscal particulier, cette disposition implique, a fortiori, la méconnaissance du bénéfice d'avantages spéciaux, puisque ces derniers se situent au degré supérieur de l'échelle des divers avantages susceptible d'être reconnus. Par contre, le texte précité ne semble aucunement exclure la reconnaissance des garanties générales. Ce qui est d'ailleurs confirmé par le fait que celles-ci s'appliquent «automatiquement à toute implantation agréée» (1).

Pour avoir une idée du genre d'investisseurs auxquels s'adresse ce régime réduit, il suffit donc d'analyser son contenu. Or parmi ces garanties générales figurent en bonne place non seulement l'article 10 qui édicte que : «l'égalité devant la loi, notamment dans ses dispositions fiscales, est reconnue aux entreprises étrangères ou sous contrôle étranger», mais aussi l'article 11 qui confère exclusivement à ces mêmes personnes - sous certaines conditions - le droit de transférer une partie des bénéfices (2) ou le produit de la cession ou de la liquidation de cette entreprise (3). Dans ces conditions, on ne voit pas comment on pourrait écarter d'office les investisseurs étrangers de l'agrément préfectoral.

Quoi qu'il en soit, le préfet ne prend la décision, d'agréer ou de ne pas agréer une entreprise conformément à l'article 20, paragraphe a, du code qu'après consultation de la commission nationale des investissements (4) et en accord avec le ministre des Finances et le Ministre de tutelle (5).

Au cas où l'autorité départementale ne lui communique aucune décision et ne lui adresse ni objection, ni notification, le demandeur peut, quarante jours après le dépôt de son dossier, renouveler sa demande d'agrément auprès du secrétariat de la commission nationale des investissements. La passivité observée par cet organisme pendant une autre période de même durée vaut alors agrément (6).

B) - L'agrément simplifié -

Pour que cette procédure soit susceptible d'être utilisée, il faut nécessairement que le montant de l'investissement envisagé dépasse cinq cents mille dinars et qu'aucun avantage financier, ni spécial, ne soit sollicité (7).

C'est au secrétariat de la commission nationale des investissements (8) que la

---

(1) - V. note de présentation du code, in le code des investissements, op. cit. p. 12.

(2) - cf. Infra, p. 230 et s.

(3) - cf. Infra, p. 257 et s.

(4) - V. Arrêté du 12 Mars 1967 portant création, organisation et fonctionnement des commissions régionales d'investissements d'Alger, d'Oran et de Constantine, J.O.R.A. du 4 Avril 1967, p. 277.

(5) - V. Art. 22, al. 1, code des investissements.

(6) - V. Art. 22, al. 2, Ibid.

(7) - V. Art. 23, al. 1, Ibid.

(8) - En vertu de l'article 27 du code des investissements, «la commission nationale des

demande doit être adressée.

Après un avis motivé de cette commission (1), c'est au ministre des Financers et au ministre de tutelle intéressé, qui est le plus souvent celui de l'Industrie et de l'Energie, qu'il appartient de prendre la décision d'agrément (2).

Une fois qu'une décision favorable lui aura été communiquée par le secrétariat de la commission nationale, le demandeur dispose d'un délai de soixante jours pour accepter définitivement l'agrément. Il est tenu, à partir de cette acceptation, d'exécuter entièrement le programme d'investissement ainsi agréé (3).

C) - L'agrément solennel -

Outre qu'il n'est mis en œuvre que pour des investissements présentant une certaine importance, l'agrément solennel est utilisé chaque fois qu'un investisseur sollicite le bénéfice d'avantages financiers et d'avantages spéciaux (4).

C'est également après avis motivé de la commission nationale des investissements (5) que le ministre des Finances et le Ministre technique intéressé décident conjointement d'agréer ou de rejeter la demande (6).

En cas d'agrément, porté à sa connaissance par le secrétariat de la commission nationale des investissements, le bénéficiaire jouit d'un délai de quatre vingt-dix jours pour l'accepter définitivement. Dès l'émission de cet accord, un arrêté interministériel d'agrément, précisant toutes les conditions régissant l'investissement, sera pris et publié par extrait au journal officiel (7).

Dans l'hypothèse d'une association de capitaux publics et privés, c'est en principe un décret qui devrait intervenir.

---

investissements est composée des membres permanents suivants :
- Le ministre des Finances, Président ;
- Le directeur général du Plan et des Etudes Economiques ;
- Le directeur du Trésor et du Crédit ;
- Un représentant du ministère des Affaires étrangères ;
- Un représentant du ministère de l'Industrie et de l'Energie ;
- Un représentant du ministère de l'Intérieur ;
- Un représentant du ministère du Commerce ;
- Le directeur général de la Caisse Algérienne de Développement ;
- Le directeur général de la banque centrale d'Algérie ;
Ils peuvent adjoindre en cas de nécessité, les représentants de tout organisme, étatique ou *para-étatique, pouvant apporter des éléments d'information complémentaires».*
A ces membres permanents a été rajouté un représentant du ministère du Travail et des Affaires sociales.

(1) - V. Art. 5, décret n.- 67.42 du 9 Mars 1967 portant organisation et fonctionnement de la commission nationale des investissements, J.O.R.A. du 21 Mars 1967.

(2) - Art. 23, al. 1, code des investissements.

(3) - Art. 23, al. 3, Ibid.

(4) - Art. 24, Ibid.

(5) - Art. 4, décret n.- 67.42 du 9 Mars 1967, op. cit.

(6) - Art. 24, code des investissements.

(7) - A titre d'illustration, v. arrêté interministériel du 8 Janvier 1974 portant agrément au

§ 2 - LA PROCEDURE D'AGREMENT EN CAS D'INVESTISSEMENT MIXTE -

Même lorsqu'il s'agit d'un secteur vital, une société étrangère peut y exercer une activité à condition que ce soit par le biais d'une société d'économie mixte. Le code des investissements la soumet cependant à une procédure d'agrément particulière. Outre qu'il est attesté de façon indirecte par le fait que la procédure générale d'agrément n'est applicable qu'aux investissements purement privés réalisés selon l'article 4 (1), ce particularisme, en cas de participation au capital d'une société d'économie mixte, se confirme à un double point de vue : dans la mesure où des dispositions relatives à la cession des titres ont été expressément prévues, ce sont les statuts de la personne morale en formation qui sont susceptible de faire l'objet d'une approbation (A) ; cette approbation devrait normalement se faire par décret (B).

A) - L'approbation des statuts est subordonnée à la prévision de dispositions organisant la cession de titres -

Avant de pouvoir participer à la constitution d'une société d'économie mixte, l'investisseur étranger doit d'abord, bien entendu, recueillir le consentement de l'organisme public avec lequel il projette de s'associer. Mais une fois cette étape préliminaire franchie, les statuts de la future personne morale doivent eux-mêmes être approuvées. Or, aux termes de l'article 3 du code des investissements, cette approbation ne peut notamment intervenir que si la charte sociale contient deux dispositions précises permettant à la puissance publique d'acquérir, à plus ou moins longue échéance, l'intégralité du capital de la société mixte.

La première de ces dispositions doit expressément attribuer à l'Etat ou à l'organisme dépendant de lui la faculté de racheter tout ou partie des parts ou actions dont il n'est pas déjà propriétaire. Mais pour éviter tout risque d'abus, les statuts doivent préciser les conditions dans lesquelles s'exercera cette prérogative exorbitante (2). En pratique, ceux que nous avons pu consulter (3) prennent effectivement la précaution d'enserrer le jeux de cette faculté de rachat dans certaines limites relatives à son délai d'exercice et au prix des titres : c'est ainsi, par exemple, que l'un de ces statuts, prévoit que la faculté de rachat reconnue à l'Etat ne pourra intervenir avant l'écoulement d'une période de sept ans après la constitution de la société mixte ; il comporte également

---

titre du code des investissements de la société «S.A. Algérienne PAVAILLIER», J.O.R.A. du 15 Mars 1974, p. 269 ; arrêté int. du 28 Octobre 1970 portant agrément de la société «Globe Universal Sciences» en vue de bénéficier de l'exonération de droit et T.C.A., J.O.R.A. du 6 Juin 1972, p. 554.

(1) - V. Art. 20, code des investissements.

(2) - V. Art. 3, § a, code des investissements.

(3) - En dehors des extraits publiés dans la presse, le «secret des affaires» ne nous a permis d'avoir accès qu'à quelques statuts de sociétés d'économie mixte.

l'engagement du partenaire public de racheter ces titres à leur valeur nette comptable telle qu'elle ressort du dernier bilan de la société présenté aux autorités fiscales.

Les statuts doivent en outre faire bénéficier l'Etat d'un droit de préemption ou d'agrément en cas de vente, transfert ou cession de parts ou d'actions appartenant à l'investisseur privé (1). Ce qui implique que ce cédant volontaire doit d'abord proposer ses titres à son coassocié public (2). C'est seulement dans le cas où ce dernier refuse de profiter de cette offre que ces parts ou actions pourront être vendues à une tierce personne, à condition toutefois que cet éventuel acquéreur soit lui-même agréé par l'associé majoritaire (3).

En dehors de la fixation d'un délai minimum qui doit être respecté avant toute cession et de la stipulation du prix à considérer en cas de mise en œuvre du droit de préemption, les parties semblent également organiser l'agrément du cessionnaire. Elles font surtout dépendre cet agrément de la qualification professionnelle et de la notoriété du cessionnaire. Cette exigence apparait pleinement justifie, quand on sait à quel point l'expérience industrielle du partenaire étranger est recherchée.

B) - L'approbation des statuts devrait en principe se faire par décret -

L'article 3 du code des investissements dispose que : «lorsque l'Etat s'associe dans des sociétés d'économie mixte avec la participation du capital privé, étranger ou national, les statuts de ces sociétés devront être approuvés par décret».

Mais la pratique révèle qu'une distinction doit être faite en ce qui concerne la procédure utilisée en vue de la consitution d'une société mixte.

Il y a tout d'abord des sociétés mixtes créées directement par des Etats et qui ont pour origine une convention internationale. C'est notamment le cas des conventions portant création de deux compagnies de navigation maritime conclues entre, d'une part, le Gouvernement algérien et le Gouvernement mauritanien et, d'autre part, le Gouvernement algérien et le Gouvernement libyen, et qui ont été ratifiées respectivement par l'ordonnance n.- 74.22 du 4 Février 1974 (4) et par l'ordonnance n.- 74.109 du 6 Décembre 1974 (5).

---

(1) - V. Art. 3, § b, code des investissements.

(2) - Sur les problèmes que soulève la clause de préemption, v. G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit., n.- 1226 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA ET J. RAULT, les sociétés, t. III, p. 303 ; SAINFELD, la clause de préemption, th. Strasbourg, 1942 ; DALSACE, à propos des clauses de préemption dans les sociétés, Rev. Banque et bourse, 1948-316.

(3) - Sur les problèmes que soulève la clause d'agrément, V. G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit. n.- 1225 ; J. ESCARRA ET J. RAULT, op. cit., p. 229 et s ; AUTESERRE, la clause statutaire conférant au conseil d'administration le droit d'agrément des cessionnaires de parts sociales, Rev. Soc. 1957 - 369 ; BURGARD, à propos de la *cessibilité des actions, Rev. Soc. 1957 - 369 ; CAMERLYNCK, de l'intuitus personae dans les sociétés anonymes, th. Paris 1929, p. 54 et s ; GAIN, les entraves à la cessibilité des actions, G.P. 1940-2- doct., p. 81.*

(4) - Ordonnance n.- 74-22 du 4 Février 1974 portant ratification de la convention entre le

L'approbation des statuts de la société mixte semble se faire par voie de décret, conformément à l'article 3 du Code des investissements, lorsque la création de cette personne morale résulte d'un accord liant un ministère à une société étrangère. C'est ainsi que le décret n.- 75.51 du 22 Mars 1975 (1) approuve la constitution de la société d'infrastructure ferroviaire par le ministère d'Etat chargé des Transports et deux sociétés brésiliennes.

C'est en revanche le ministre des Finances qui, sur proposition de la commission nationale des investissements, autorise la création d'une société mixte entre une entreprise publique et une entreprise étrangère. Il est vrai que le ministre de tutelle intervient au préalable pour approuver le projet de convention ayant pour objet la constitution d'une telle personne morale et le projet de ses statuts élaborés par la société nationale et son futur coassocié étranger.

L'intervention de l'administration est donc ainsi exigée avant tout établissement aussi bien dans le cadre du droit pétrolier que dans celui du code des investissements. Il reste à nous demander si l'installation d'une société étrangère sous l'empire des dispositions du régime général la dispense de cette permission préalable.

Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République islamique de Maurétanie, portant création de la compagnie maurétanienne de navigation maritime signée à Nouakchott le 1er Novembre 1973, J.O.R.A. du 17 Mars 1974, p. 274.

(5) - Ordonnance n.- 74-109 du 6 Décembre 1974 relative à la ratification de la convention portant création de la compagnie maritime algéro-libyenne entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République arabe de Libye, signée à Alger le 10 Octobre 1973, J.O.R.A. du 21 Janvier 1975, p. 50.

(1) - Décret n.- 75-51 du 22 Mars 1975 portant approbation des statuts de la société d'infrastructure ferroviaire, en exécution du protocole conclu entre le ministère d'Etat chargé des Transports et les sociétés bresliennes «Construtora Mendes Junior S.A» et «Transcon S.A» relatif à sa création, J.O.R.A. du 4 Avril 1975, p. 327.

CHAPITRE III-

LE DROIT COMMUN

Même lorsqu'il se réalise dans le cadre du droit commun, l'établissement de l'entreprise étrangère reste exclu de certains secteurs d'activité (Section I). Quand l'investissement est possible, il semble malgré tout subordonné à une autorisation administrative (Section II).

SECTION I
L'ETABLISSEMENT EST EXCLU DE CERTAINS SECTEUR D'ACTIVITE

Les secteurs économiques que recouvre le droit commun sont schématiquement ceux qui ne dépendent ni du droit pétrolier, c'est-à-dire la recherche et l'exploitation des hydrocarbures liquides dans les zones sahariennes (1), ni du code des investissements, c'est-à-dire l'activité industrielle et touristique ayant fait l'objet d'un agrément.

Mais la personne morale étrangère ne jouit pas d'une totale liberté d'action à l'intérieur de ces vastes frontières : en plus des quelques exclusions classiques (2) et des nombreux monopoles d'importation et d'exportation institués au profit d'entreprises publiques, son intervention est bannie de certains secteurs-clefs.

A) - L'agriculture -

Au lendemain de l'accession de l'Algérie à l'indépendance, la quasi-totalité des terres fertiles appartenait soit à des personnes physiques, soit le plus souvent à des personnes morales étrangères (3).

Concrétisant une option politique précise (4), le décret n.- 63.388 du 1er

---

(1) - V. Supra, p. 125 et s.

(2) - Bien que la concession d'un service public ne puisse classiquement être confiée à une société étrangère, la Société Nord-Africaine des Eaux gérait jusqu'à une date récente le service public de la distribution des eaux. Mais l'ordonnance n.- 70.82 du 23 Novembre 1970 (J.O.R.A. du 4 Décembre 1970, p. 1154) créa la société nationale de distribution d'eau potable et industrielle (SONADE) et lui confia le monopole de cette activité. Ce qui obligea la firme étrangère à céder à l'entreprise publique, par la convention du 31 Mars 1971, son département des eaux.

La fabrication, la vente et l'importation des tabacs et allumettes sont également confiés exclusivement à une société nationale (V. Ordonnance n.- 63.427 du 4 Novembre 1963, J.O.R.A. du 5 Novembre, p. 119).

(3) - V. Charte de la Révolution agraire, J.O.R.A. du 30 Novembre 1971, p. 1270.

(4) - V. notamment : Charte de Tripoli, op. cit., p. 39 et s.

Octobre 1963 (1) mit un terme à cette situation anormale. Il déclara «biens de l'Etat» toutes les exploitations agricoles dont le droit de propriété était exercé par des ressortissants non algériens. Ce qui implique que ces personnes soient définitivement écartées de cette profession. L'ordonnance n.- 71.73 du 8 Novembre 1971 portant Révolution agraire (2) confirme cette exclusion - tout en étendant, de façon presque intégrale, la mesure de récupération des terres au détriment des nationaux (3) . Son article 16 dispose : «ne peuvent posséder ou exploiter des terres agricoles ou à vocation agricole, et à quelque titre que ce soit, les personnes ne jouissant pas de la citoyenneté algérienne».

B) - L'activité minière autre que celle des hydrocarbures -

Parce qu'elle occupe une place stratégique dans la réalisation des objectifs de développement, soit en tant que source de matières premières, soit en tant que source importante de devises, l'activité minière a été, à partir de l'année 1966, et par le fait de plusieurs ordonnances de nationalisation (4), soustraite du domaine d'établissement de la société étrangère. Depuis cette date, elle relève de la compétence de la société nationale de recherche et d'exploitation minière (5).

C) - Les assurances -

Bien avant que la gestion de ce secteur ne soit directement prise en charge par l'Etat, on a assisté à un véritable exode des compagnies étrangères d'assurances qui exerçaient en Algérie. Exode qui semble avoir déclenché par la

---

(1) - J.O.R.A. du 4 Octobre 1963, p. 1015.

(2) - J.O.R.A. du 30 Novembre 1971, p. 1281.

(3) - Les propriétaires algériens qui exploitaient «directement et personnellement» leur terre au moment de la parution de l'ordonnance portant Révolution agraire ont cependant la possibilité de conserver la propriété d'une parcelle, dont la superficie varie en fonction de sa rentabilité (V. Art. 28 et s, Ordonnance n.- 71.73 du 8 Novembre 1971).

(4) - Ord. n.- 66.93 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des Mines de l'Ouenza ; Ord. n.- 66.94 portant nationalisation de la société des Mines de Sidi Kamber ; Ord. n.- 66.95 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des mines et carrières de Rivet El Maden ; Ord. n.- 66.96 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société nouvelle d'Aïn Barbar ; Ord. n.- 66.97 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société de la Vieille Montagne dans son activité d'exploitation des mines de l'Ouarsenis ; Ord. n.- 66.98 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société nouvelle d'Aïn Arko ; Ord. n.- 66.99 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société algérienne du zinc ; Ord. n.- 66.100 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des mines de fer de Miliana dans son activité d'exploitation de la mine d'El Halia ; Ord. n.- 66.101 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des mines de Khanguet El Mouhad. Toutes ces ordonnances sont publiées au J.O.R.A. du 6 Mai 1966 p. 342 et s.

(5) - V. Ordonnance n.- 67.79 du 11 Mai 1967., J.O.R.A. du 19 Mai 1967, p. 394.

promulgation de deux textes : d'une part, la loi n.- 63.197 du 8 Juin 1963 (1) qui faisait obligation aux entreprises opérant sur le territoire de se réassurer auprès de la Caisse Algérienne d'Assurances et de Réassurances dont elle porta création ; d'autre part, la loi n.- 63.201 du 8 Juin 1963 (2) qui leur imposait un certain nombre de garanties et notamment un dépôt de réserves légales.

Prenant acte du refus de ces compagnies d'honorer leurs obligations, l'ordonnance n.- 66.127 du 27 Mai 1966 (3) a conféré à l'Etat un monopole sur toutes les opérations d'assurance. A l'exception des «entreprises algériennes d'assurance à forme mutuelle qui continuent de fonctionner selon leur statut», seules deux entreprises publiques (4) sont désormais habilitées à agir dans cette branche.

D) - L'activité bancaire -

Au lendemain de l'accession du pays à la souveraineté, le secteur bancaire, qui était »monopolisé» par les succursales et les filiales de banques françaises, fut désorganisé. L'exode des cadres européens obligea un grand nombre de guichets à fermer leur porte. «Les transferts massifs de capitaux se traduisirent par une ponction représentant la moitié des dépôts, ce qui provoqua un resserrement des liquidités des banques réduisant sensiblement leur capacité de financement à un moment où l'urgence et l'ampleur des tâches nécessitaient la mobilisation du maximum de ressources» (5). La conjonction de ces deux facteurs obligea la quasi-totalité des banques ayant une implantation rurale à cesser leur activité et les autres à se replier sur les grands centres urbains.

Pour relancer l'activité économique du pays, l'Etat devait donc nécessairement assumer une large proportion de son financement. C'est ce qu'il fit en créant la Caisse Nationale d'Epargne et de Prévoyance (6), la Caisse Algérienne de Développement (7) et les Comités des Crédits au sein de l'Office National de la Réforme agraire.

La création de ces institutions étatiques n'interdisait pas pour autant aux banques privées de fonctionner. Mais, en dépit des «appels des pouvoirs publics, ces établissements bancaires refusèrent de financer le secteur socialiste et restèrent assez longtemps dans une expectative, ils provoquèrent des doutes quant à leur aptitude à s'adapter à la nouvelle situation» (8). Cette inertie des banques étrangères eut pour résultat d'accélérer l'étatisation et la refonte de ce

---

(1) - J.O.R.A. du 11 Juin 1963, p. 614.
(2) - J.O.R.A. du 14 Juin 1963, p. 630.
(3) - J.O.R.A. du 31 Mai 1966, p. 398.
(4) - Avec la C.A.A.R., la société algérienne d'assurance (S.A.A.), dans laquelle les capitaux égyptiens étaient prépondérants et qui a été nationalisée par l'ordonnance n.- 66.128 du 27 Mai 1966 (J.O.R.A. du 31 Mai 1966, p. 399), constitue la seconde entreprise publique.
(5) - R. ZEGUINE, le régime des banques en Algérie, th. Alger, 1974, p. 2.
(6) - Loi n.- 64.227 du 10 Août 1964, J.O.R.A. du 14 Août 1964, p. 898.
(7) - Loi n.- 63.165 du 7 Mai 1963, J.O.R.A. du 10 Mai 1963, p. 418.
(8) - R. ZERGUINE, op. cit. p. 3.

secteur vital.

Mais au lieu d'utiliser le procédé de la nationalisation, la puissance publique a préféré racheter les actifs de la plupart des établissements existants et créer de nouvelles banques nationales par absorption de ces divers patrimoines.

En 1972, seuls deux établissements privés - la compagnie française de Crédit et de Banque et une agence de la Banque Populaire Arabe - continuaient à fonctionner. Mais la perte de la clientèle du secteur public et le retrait du pouvoir d'effectuer des opérations de change en qualité d'intermédiaire agréé «les condamnent à disparaître à plus ou moins longue échéance» (1).

Alors que la C.F.B.C. s'était maintenue en vue d'obtenir un meilleur prix de ses actifs, un arrêté du 19 Avril 1972 du ministre des Finances mit un terme à son activité - du reste considérablement réduite : conformément à l'article 11 de la loi du 13 Juin 1941, un administrateur provisoire a été nommé pour procéder à la liquidation de cette banque qui ne répondait plus «aux besoins économiques» du pays et mettait en péril «les intérêts des déposants».

E) - Les transports -

En dehors du transport aérien qu'une compagnie étrangère ne peut effectuer que dans le cadre d'un accord conclu entre l'Algérie et le pays dont elle est ressortissante (2), le transport des hydrocarbures par oléoducs, le transport maritime et le transport routier de marchandises sont en principe interdits à l'établissement du capital privé. Il est vrai que cette mesure d'interdiction n'est pas encore devenue effective dans les deux derniers cas.

En matière de transport des hydrocarbures liquides et gazeux par canalisations, il a fallu attendre l'ordonnance n.- 71.10 du 24 Février 1971 (3) pour voir les compagnies étrangères définitivement écartées de ce secteur qu'elles dominaient très largement. Tous les pipe-lines installés sur le territoire sont maintenant la propriété exclusive de l'Etat et leur gestion est confiée à la SONATRACH.

S'agissant du transport maritime et de l'affrètement de navires, l'ordonnance n.- 69.50 du 17 Juin 1969 (4) dispose que ces activités «sont soumises au monopole de la Compagnie Nationale de Navigation (5)».

---

(1) - R. ZERGUINE, op. cit. p. 10.

(2) - V. par exemple : Ord. n.- 65.291 du 25 Novembre 1965 portant ratification de l'accord entre l'Algérie et la Syrie relatif au transport aérien, J.O.R.A. du 10 Décembre 1965, p. 1146 ; Ord. n.- 67.38 portant ratification de l'accord entre l'Algérie et la Suisse relatif aux transports aériens, J.O.R.A. du 7 Mars 1967, p. 206.

(3) - Ordonnance n.- 71.10. du 24 Février 1971 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature des sociétés SOPEG, SOTHRA, des biens, parts et actions, droits et intérêts de toute nature de la société CREPS, dans la société TRAPSA et des canalisations dites «PK 66 IN AMANAS A OHANET» et HASSI R'MEL-HAOUD EL HAMRA», J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 227.

(4) - J.O.R.A. du 20 Juin 1969, p. 494.

(5) - V. Décret n.- 63.489 du 31 Décembre 1963 *portant agrément et statuts de la Compagnie Algérienne de la navigation, J.O.R.A. du 31 Décembre 1963, p. 46.*

Mais, compte tenu de l'insuffisance momentanée de moyens - tant en personnel, qu'en matériel naviguant - de cette société d'Etat, un secteur privé, essentiellement étranger, coexiste encore en fait avec elle. Situation qui n'est pas appelée à durer ; puisque l'augmentation progressive des capacités de la compagnie nationale se traduira par une réduction corrélative du champ d'action de l'entreprise privée, et ce jusqu'à sa complète disparition.

C'est également une situation analogue qui prévaut en ce qui concerne les transports routiers de marchandises monopolisés par une société nationale (1).

De toute façon, même si l'établissement d'une personne morale étrangère est toléré en dehors de ces secteurs, il semble assujetti à une autorisation administrative.

SECTION II
L'ETABLISSEMENT EST SUBORDONNE A UNE AUTORISATION ADMINISTRATIVE

Contrairement à la règle qui est instaurée par le droit pétrolier et par le code des investissements, une société étrangère peut-elle s'établir librement sous l'empire du droit commun ?

Du fait de l'extension de la législation d'un pays libéral à un pays à vocation socialiste (2), la réponse à une telle question pouvait présenter une certaine difficulté. On peut affirmer cependant que si une liberté d'établissement semble avoir prévalu au lendemain de l'accession de l'Algérie à la souveraineté, il n'en est plus de même depuis la promulgation de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 décembre 1969 (3). L'article 40 de cette loi des finances impose en effet une autorisation préalable à toute personne morale - ou physique - étrangère qui désire exercer une activité sur notre territoire.

Avant d'étudier la portée de ce texte (§ 2), il convient de préciser son champ d'application (§ 1), afin de mettre en lumière les raisons qui nous incitent à croire qu'il recouvre le droit commun.

§ 1 - LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 40 DE L'ORDONNANCE DU 31 DECEMBRE 1969 -

Aux termes de cette disposition, «toute constitution d'entreprise à caractère industriel ou commercial dont tout ou partie de la propriété revient à une ou plusieurs personnes physiques ou morales étrangères, est subordonnée à une autorisation préalable de la commission nationale des investissements...».

---

(1) - V. Ordonnance n.- 67.58 du 27 Mars 1967 portant création de la société nationale de transports routiers, J.O.R.A. du 31 Mars 1967, p. 266.

(2) - V. Loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962, J.O.R.A. du 11 Janvier 1963, p. 18. La reconduction par cette loi de la législation en vigueur a notamment posé le problème de savoir ce qu'est devenu le principe de la liberté du commerce et de l'industrie en Algérie. V. sur ce point : C. DAVID, la liberté du commerce en Algérie, Rev. Alg. 1972, p. 633.

(3) - J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.

Si l'on ne se réfère qu'à l'organisme chargé d'accorder cette licence, on pourrait être tenté d'en déduire que le domaine d'application de l'article 40 ne coïncide pas avec l'empire du droit commun ; et que ce texte devrait plutôt s'insérer dans les limites tracées par le code des investissements, puisque c'est le code qui a institué la commission nationale des investissements. C'est cette interprétation qui semble avoir été adoptée par ceux qui se sont fondés sur ladite disposition pour solliciter le bénéfice de certains avantages institués par le code des investissements. Et, chose remarquable, c'est que, dans une hypothèse au moins, la commission nationale des investissements y a répondu favorablement (1) !

Une telle interprétation est loin d'être satisfaisante. En partant du principe que l'article 40 ne peut raisonnablement pas être considéré comme une source de modification de l'ordonnance du 15 Septembre 1966, deux arguments nous permettent de soutenir qu'il constitue désormais le texte de base régissant l'établissement dans le cadre du droit commun.

Cette disposition embrasse un champ d'application plus vaste, et donc différent, de celui du code des investissements ; puisqu'au-delà de la référence à l'activité industrielle, c'est-à-dire essentiellement à celle qui n'aurait pas fait l'objet d'un agrément conformément à cette dernière, il inclut «toute constitution d'entreprise à caractère commercial». Or nous savons que le code des investissements notamment son article 4 - refuse de reconnaître le bénéfice du régime particulier qu'il a instauré à une création ou à une extension d'une exploitation purement commerciale (2).

Par ailleurs, c'est à la commission nationale des investissements que l'article 40 confère la compétence pour autoriser l'établissement. Il lui confie de la sorte un pouvoir de décision qu'elle ne possède pas lorsqu'elle intervient en vertu des dispositions du code des investissements. Elle ne jouit dans ce dernier cas que d'un pouvoir consultatif (3).

En plus de sa rectitude sur le plan juridique, cette solution est la plus conforme à la volonté du législateur de contrôler l'implantation sur le territoire du capital étranger. Mais il ne semble pas que ce soit n'importe quelle implantation qu'il entend surveiller par le biais de l'exigence d'une autorisation préalable.

§ 2 - LA PORTEE DE L'ARTICLE 40 DE L'ORDONNANCE DU 31 DECEMBRE 1969 -

Une fois son champ d'application délimité, il reste à se demander si l'article 40 assujettit toute forme d'établissement à une permission administrative. Autrement dit, cet agrément s'impose-t-il aussi bien lorsque l'investissement étranger s'effectue par le moyen de la filiale, que lorsqu'il emprunte le moyen

---

(1) - Il s'agit de l'agrément de la société mixte constituée entre la S.N.M.C. et INTERKILN.

(2) - V. Supra, p. 178.

(3) - V. Supra, p. 183 et s.

de la succursale ? Plusieurs raisons nous inclinent à déduire que seule la première hypothèse entre dans les prévisions du législateur.

On peut, tout d'abord, invoquer un argument de texte. C'est uniquement «toute constitution d'entreprise» dont le capital appartient intégralement ou partiellement à des étrangers qui se trouve soumise à cette obligation. La notion de «constitution» ne prête pas à équivoque. Elle n'est synonyme que de naissance d'une personne morale. Pour aboutir à une solution différente, on pourrait, il est vrai, prendre plutôt en considération la notion d'«entreprise» qui est suffisamment vague pour être susceptible de s'appliquer à une société comme à une simple succursale. Mais les autres dispositions de l'article 40 réduisent aussitôt à néant ce doute. En effet, en soumettant également à la procédure d'autorisation «toutes modifications du capital, toutes cession de parts et d'actions» (1), ce texte laisse clairement entendre qu'il ne vise que la création d'une société sur notre territoire ; puisque, par définition, de telles opérations s'effectuent en dehors de notre sphère législative et qu'elles échappent par là même au pouvoir de contrôle du pays d'établissement chaque fois que la firme étrangère y agit seulement par le biais d'une succursale (2).

En dehors de la tendance des groupes étrangers à recourir de moins en moins à ce dernier moyen pour investir dans les pays en voie de développement (3), il ne faut pas oublier, en outre, qu'en raison de son impact limité, l'établissement par succursale représente infiniment moins de danger pour l'économie que l'établissement par filiale. Et ceci rend davantage plausible l'idée selon laquelle l'autorisation administrative n'est exigée que dans ce dernier cas.

La pratique, enfin, semble confirmer ce point de vue. A l'inverse de ce qu'elle fait en cas d'installation d'une succursale (4), la publicité imposée par le droit des sociétés mentionne l'obtention d'une autorisation administrative en cas de constitution d'une personne morale (5).

Ce n'est pas à dire cependant que la puissance publique soit démunie de toute possibilité d'exercer une surveillance sur l'implantation d'une simple succursale étrangère. Les obligations qui sont communes à tous les cadres d'établissement nous permettrent de vérifier cette assertion.

---

(1) - V. Infra, p. 234 et s.
(2) - V. Supra, p. 87 et s.
(3) - V. Supra, p. 87 et s.
(4) - V. par exemple : El-Moudjahid du 5 Juin 1971.
(5) - V. par exemple : El-Moudjahid du 15 Juin et du 6 Octobre 1971.

SOUS-TITRE II-

LES OBLIGATIONS COMMUNES A TOUS LES CADRES JURIDIQUES D'ETABLISSEMENTS

En dehors des sujétions qui lui sont spécialement imposées par le cadre particulier d'établissement qu'elle a choisi, c'est-à-dire par le droit pétrolier ou par le code des investissements, la société étrangère est également assujettie, au moment de son installation, à certaines obligations générales dont l'application est, par conséquent, indépendante du secteur d'activité.

Il convient de rappeler à ce propos que la législation sur les hydrocarbures liquides et le code des investissements subordonnent, expressément ou implicitement, l'activité de l'entreprise d'allégeance politique étrangère à la constitution d'une filiale sur le territoire national (1). A l'inverse, les règles du droit commun permettent à celle qui désire investir dans une branche économique qu'elles régissent, de le faire soit par le biais d'une personne morale créée à cette fin, soit par le biais d'une succursale ou agence (2).

La première exigence du droit des sociétés apparaît précisément à ce premier stade. A l'instar de n'importe quelle constitution d'une société locale, la formation d'une société étrangère est bien entendu soumise aux formalités de publicité.

Mais, même si cette firme n'implante qu'une succursale, elle n'échappe pas pour autant à de telles obligations. Préalablement à l'ouverture de la première succursale ou agence, la personne qui en prend la direction doit déposer au greffe du tribunal, dans le ressort duquel se trouve cette succursale ou agence, deux copies sur timbre dispensées de l'enregistrement de l'acte constitutif de société et éventuellement de tous les actes qui l'ont modifié (3). Elle doit, d'autre part, solliciter son immatriculation au registre du commerce (4).

En dehors de cette publicité, la société étrangère qui entreprend une activité permanente dans notre pays doit, en outre, se plier à deux autres sujétions : ses dirigeants doivent obtenir une carte d'identité de commerçant (Ch. I) ; elle doit acquitter en principe des droits d'enregistrement (Ch. II).

---

(1) - V. Supra, p. 76 et s.

(2) - V. Supra, p. 193 et s.

(3) - Art. 1, Décret n.- 55-653 du 20 Mai 1955, J.O.R.F. du 22 Mai 1955, p. 5175.

(4) - Art. 48, al. 3, code de commerce.

CHAPITRE I-

LA CARTE D'IDENTITE DE COMMERCANT

Aux termes du décret du 12 Novembre 1938 (1) et du décret du 2 Février 1939, qui ont fait l'objet de plusieurs modifications, il est interdit à tout étranger d'exercer une profession commerciale ou industrielle sur le territoire algérien sans justifier de la possession d'une carte d'identité spéciale portant la mention «commerçant», délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité.

Cette carte de commerçant soulève dès l'abord une question. Il y a lieu de se demander si cette législation classique, qui est en principe reconduite par la loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962 - n'a pas été abrogée depuis par la législation d'essence strictement algérienne relative à l'établissement des investisseurs étrangers ; étant donné que l'objectif de la première semble faire double emploi avec celui de la seconde. Plusieurs raisons nous autorisent à y répondre de façon négative (Section I). C'est dire que l'étude de cette institution revêtira alors tout son intérêt (Section II).

SECTION I
L'ABSENCE D'ABROGATION DES TEXTES RELATIFS A LA CARTE DE COMMERÇANT ETRANGER

Si l'on cherche à déceler le but assigné à l'institution de la carte de commerçant étranger, on peut, semble-t-il, remarquer une certaine évolution. Cette pièce administrative a tendu à perdre son caractère de carte d'identité pour devenir une véritable autorisation d'exercer la profession commerciale (2) ;

(1) - J.O.R.F. du 13 Novembre 1938, p. 1240.

(2) - Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 331 ; dans le même sens, v. : C. THIBIERGE, op. cit., p. 191.

Cette restriction de la liberté d'exercice d'une profession commerciale par des étrangers semble en réalité avoir été l'objectif essentiel assigné, dès sa promulgation, au décret du 12 Novembre 1938 ; puisque la circulaire n.- 382 du 26 Décembre 1938 adressée aux préfets précise que : «ce texte a pour objet de protéger le commerce français, de plus en plus envahi par des éléments étrangers, en instituant sur toutes les installations commerciales et industrielles étrangères, un contrôle individuel plus strict que celui qu'avait déjà permis le décret-loi du 17 Juin 1938».

tempérant ainsi fortement le principe de la liberté d'établissement, admis jusqu'alors dans le droit positif français ; liberté susceptible de permettre à des entreprises étrangères, utilisant surtout le procédé de la filiale, de contrôler des secteurs entiers de l'économie.

Dans la mesure où l'on s'en tient exclusivement à la réalisation de cet objectif, on pourrait être tenté de soutenir que la législation relative à la carte de commerçant étranger est devenue caduque en Algérie. En effet, c'est désormais l'ordonnance du 12 Avril 1971 en matière pétrolière (1) l'ordonnance du 15 Septembre 1966 portant code des investissements (2) et celle du 31 Décembre 1969 (3) qui battent en brèche le principe de la liberté d'établissement en subordonnant l'activité de l'entreprise étrangère à une approbation administrative. Seule l'installation d'une succursale ou d'une agence dans le cadre juridique général échappe encore à une telle censure.

En réalité, même si des inconvénients peuvent effectivement naître de la superposition de deux systèmes de contrôle aucun élément juridique ne plaide sérieusement dans le sens de l'abrogation du décret du 12 Novembre 1938 et du décret d'application du 2 Février 1939.

Il convient de remarquer, tout d'abord, que les différents textes promulgués postérieurement à notre indépendance, et qui régissent principalement la firme étrangère, ne prévoient pas expressément une telle caducité.

L'abrogation implicite, quant à elle, ne pourrait être valablement déduite que d'une grave contradiction existant entre les décrets du 12 Novembre 1938 et du 2 Février 1939, et les lois précitées d'essence algérienne. Car, comme on l'a justement écrit pour soutenir que l'ordonnance du 2 Novembre 1945 ne remet pas en cause l'existence de la législation sur la carte de commerçant étranger, «le domaine d'application de l'abrogation tacite est en effet limité aux seuls cas dans lesquels il existe entre les deux textes successifs une incompatibilité si absolue que l'observation de l'un exclut nécessairement celle de l'autre» (4). Or une telle incompatibilité ne peut pas être relevée dans notre hypothèse. Loin de contredire les mesures législatives édictées depuis notre accession à la souveraineté, la carte de commerçant étranger ne fait au contraire que renforcer davantage la tendance de notre droit positif à exercer une surveillance étroite sur l'investissement extérieur ; puisque, au-delà du contrôle de nature purement économique qu'elle avait pour but de réaliser, et qui s'effectue actuellement selon nos propres lois d'établissement, la carte de commerçant - dont l'octroi est subordonné à une enquête relative notamment au passé judiciaire des intéressés - permet d'écarter de l'exercice de cette profession toute personne physique ne présentant pas le maximum de garanties. Cette institution s'avère ainsi d'autant plus utile qu'elle est susceptible de faire échec à tous ceux qui tablent sur l'inexpérience d'un pays en voie de développement

---

(1) - V. Supra, p. 125 et s.
(2) - V. Supra, p. 175 et s.
(3) - V. Supra, p. 188 et s.
(4) - Y. LOUSSOUARN ET J.D. BREDIN, op. cit., p. 140.

pour y créer certaines «sociétés», notamment d'«études».

Il est indéniable que le maintien du décret du 12 Novembre 1938 aboutit à un alourdissement des formalités auxquelles se trouve assujettie la constitution d'une filiale étrangère sur notre territoire. Su rtout quand on sait que les dirigeants d'une telle entreprise - sauf s'ils sont Algériens - n'échappent pas, en outre, à la réglementation générale organisant la situation des étrangers en Algérie (1). Mais ce texte d'origine française n'en continue pas moins à faire partie de notre système juridique. Son abrogation implicite est, a fortiori, moins soutenable qu'il constitue - abstraction faite de l'obstacle dressé par la réglementation des changes (2) - le seul frein possible à la liberté d'établissement de la succursale et de l'entreprise individuelle étrangères.

SECTION II
LE REGIME DE LA CARTE DE COMMERÇANT ETRANGER

Sur ce régime juridique, trois sortes de problèmes retiendront essentiellement notre attention. Il conviendra d'établir la liste des personnes astreintes à la carte de commerçant (§ 1), d'étudier les conditions qui président à son octroi (§ 2) et les sanctions qui frappent les éventuels contrevenants (§ 3).

§ 1 - LES PERSONNES ASTREINTES A LA CARTE DE COMMERÇANT -

Tout étranger désirant exercer une activité commerciale, industrielle ou artisanale, se trouve assujetti à la carte de commerçant. Dans la mesure où l'une de ces professions s'effectue non pas à titre individuel mais dans le cadre d'une société, l'article 5 du décret du 2 Février 1939 énumère alors les personnes physiques soumises à cette obligation. Il impose la carte de commerçant : aux associés tenus indéfiniment et personnellement des dettes sociales ; aux administrateurs délégués, aux directeurs généraux des sociétés anonymes, ou toutes personnes en faisant fonction ; aux gérants des sociétés à responsabilités limitée ; aux personnes qui prennent la direction d'une succursale ou d'une agence.

Sauf lorsqu'elle emprunte le moule de la société en nom collectif, une entreprise étrangère peut, pour échapper au domaine d'application de cette réglementation, être incitée à nommer des ressortissants algériens aux différentes fonctions de direction. Mais pour que de telles nominations ne soient pas considérées comme un moyen de détourner la loi, il ne faut pas que les personnes choisies soient de simples «hommes de paille».

Il importe de préciser que seules les sociétés étrangères agissant de façon

---

(1) - Ordonnance n.- 66.211 du 21.7.1966 et décret n.- 66.212 du 21.7.1966, J.O.R.A. du 29.7.1966 p. 721 ; Ordonnance n.- 67.190 du 27.9.1967 modifiant et complétant l'ordonnance n.- 66.211 du 21.7.1966, J.O.R.A. du 13.10.1967, p. 887.
(2) - V. Infra, p. 225 et s.

autonome sont ainsi tenues de solliciter la carte de commerçant. En revanche, elles ne sont pas en principe soumises à cette exigence lorsqu'elles ne font que participer, en tant qu'associé minoritaire, au capital d'une société mixte. Contrôlée par des capitaux et des ressortissants algériens, une telle personne morale est par hypothèse d'allégeance politique algérienne. Il en est notamment ainsi aussi bien de l'entreprise mixte constituée sous l'empire des dispositions pétrolières (1) que de celle créée dans le cadre du code des investissements (2).

§ 2 - LES CONDITIONS D'OCTROI DE LA CARTE DE COMMERÇANT -

C'est normalement au Préfet du département dans lequel la société étrangère doit entreprendre son activité que la demande de la carte de commerçant doit être adressée, préalablement à l'exercice de cette profession commerciale ou industrielle. Lo rsque cette entreprise se propose de s'implanter en même temps dans plusieurs départements, l'autorité départementale compétente pour recevoir sa requête est alors celle du lieu de son principal établissement.

En plus, selon les dispositions de l'article 4 du décret du 2 Février 1939, la carte de commerçant ne peut être accordée, sauf dérogations exceptionnelles, aux étrangers qui n'ont pas reçu l'autorisation de se fixer en Algérie et séjournent à titre temporaire. Mais la circulaire n.- 388 du 22 Mars 1939 atténue la portée de ce texte. Po ur que la demande soit recevable, précise-t-elle, il suffit qu'elle émane de toute personne se trouvant sur notre territoire sous le couvert d'un titre quelconque de séjour, y compris un passeport visé ou non visé selon la nationalité du requerant. Il serait en effet peu raisonnable de refuser de recevoir et d'instruire certaines demandes pour l'unique raison qu'elles émanent de requérants non munis de la carte d'identité à validité normale ; alors que parmi eux peuvent se trouver des industriels dont l'installation sur notre sol présenterait un intérêt économique certain.

En revanche, toute requête introduite par une personne physique dont la situation est irrégulière est rejetée sans examen.

Le décret du 12 Novembre 1938 aussi bien que son texte d'application n'organisent que le dépôt de demande effectuée sur notre territoire, auprès de l'autorité administrative.

En ce qui concerne les requêtes émanant de pétitionnaires domiciliés à l'étranger et souhaitant s'établir dans notre pays, c'est essentiellement à la circulaire n.- 406 du 6 Septembre 1939 qu'il convient de se référer. Elle indique que les personnes intéressées doivent s'adresser au Consulat d'Algérie dont dépend le lieu de leur résidence, afin d'y déposer leur demande de carte de commerçant. Le dossier est transmis par l'intermédiaire du Ministère des Affaires Etrangères au Ministère du Commerce, qui transmet à son tour au préfet.

Indépendamment de la modalité de dépôt de la demande, l'administration

---

(1) - cf. Supra, p. 147 et s.
(2) - cf. Supra, p. 185 et s.

jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'octroi de la carte de commerçant. En fait, la mise en œuvre de ce principe ne pourra intervenir qu'en cas d'établissement d'une succursale étrangère. Car on ne voit pas comment une filiale étrangère se verrait refuser une carte de commerçant, alors qu'elle a été autorisée à s'installer sur notre territoire soit par une convention pétrolière, soit par un agrément. Dans cette hypothèse, il semble donc que l'autorisation d'établissement emporte attribution d'office de la carte de commerçant ; à moins que les conditions exigées ne soient manifestement pas remplies par les dirigeants sociaux.

§ 3 - LES SANCTIONS -

La principale sanction a un caractère pénal. Aux termes de l'article 1, al. 2, du décret-loi du 12 Novembre 1938, toute infraction aux prescriptions législatives en matière de carte de commerçant est passible d'une amende de 100 à 2.000 DA et d'un emprisonnement d'un mois à six mois, ou de l'une de ces deux peines. Si la réciative est caractérisée, l'auteur du délit risque non seulement de se voir infliger le double de ces peines, mais également de voir le tribunal ordonner la fermeture de l'établissement.

En dehors de cette sanction purement pénale, la carte de commerçant peut être retirée à l'étranger qui aurait donné de fausses indications en vue de l'obtenir.

Po ur conclure à propos de cette institution de carte de commerçant étranger, il paraît souhaitable, de lege ferenda, de ne la maintenir en l'état qu'en matière d'établissement d'une succursale ou d'une agence étrangère et d'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale à titre individuel. En revanche, un assouplissement devrait intervenir en matière d'installation d'une filiale étrangère ; il y aurait lieu sinon de la supprimer purement et simplement, du moins d'intégrer uniquement les dispositions qui permettent de contrôler l'honorabilité des dirigeants sociaux aux lois régissant l'établissement ; on supprimerait de la sorte deux inconvénients : les investisseurs étrangers ne seraient plus obligés de déposer un dossier d'agrément et un dossier en vue de l'obtention de la carte de commerçant ; on éviterait tout risque de contradiction entre l'autorité administrative compétente en matière d'agrément et celle qui est chargée d'attribuer la pièce d'identité.

Contrairement à la carte de commerçant, les droits d'enregistrement s'imposent sans discrimination aussi bien à la société algérienne qu'à la société d'allégeance politique étrangère.

CHAPITRE II-

LES DROITS D'ENREGISTREMENT

C'est à l'occasion de la formation de la personne morale - même s'il s'agit d'une société d'économie mixte - que la première obligation fiscale fait son apparition. Elle est édictée par l'article 443, alinéa 1, du code de l'enregistrement, modifié par l'article 48 de la loi des Finances pour 1974, qui dispose que : «les actes de formations, de prorogations ou de transformations de sociétés qui ne contiennent pas transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autre personnes, sont assujettis à un droit de 5 %» (1). Ce taux réduit n'est donc susceptible d'application que lorsque les apports qui sont effectués à l'entreprise en voie de constitution sont qualifiés de «purs et simples», c'est-à-dire uniquement dans la mesure où ils sont rénumérés par l'attribution à l'apporteur d'actions ou de parts sociales.

En revanche, en cas d'apport à titre onéreux, c'est-à-dire lorsque la rénumération comporte pour partie une attribution de droits sociaux - actions ou parts sociales - et pour partie le versement d'une somme d'argent ou la prise en charge d'un passif, c'est alors le droit de mutation qui est perçu suivant la nature du bien transmis. Car «le droit de l'enregistrement considère qu'il y a mutation entre vifs et à titre onéreux et il taxe comme une vente ou comme une cession de droits» (2). Quoi qu'il en soit, s'il s'agit d'un immeuble, la société bénéficiaire de l'apport acquitte un droit de 10 %(3), lorsque l'apport à titre onéreux est constitué par un meuble, le taux applicable va varier en fonction de la nature du bien considéré. C'est ainsi, par exemple, que l'apport d'un fonds de commerce est assujetti aux mêmes droits qu'un immeuble.

Mais l'entreprise étrangère qui fait l'objet d'un agrément solennel (4) est susceptible de jouir d'un régime de faveur. Elle peut, aux termes de l'article 14.1 du code des investissements (5), bénéficier d'une exemption totale ou partielle du droit de mutation à titre onéreux prévu par l'article 447 du code de l'enregistrement (6). Cette exemption n'est accordée que s'il s'agit d'acquisi-

---

(1) - L'ancien taux était de 1 %.

(2) - JP. BEGUET, le régime fiscal des fusions, notes de cours de doctorat, Alger 1970.

(3) - Art. 447, code de l'enregistrement.

(4) - V. Supra, p. 184 et s.

(5) - V. également : Art. 449 bis II, code de l'enregistrement.

(6) - L'article 447 du code de l'enregistrement dispose : «sous réserve de ce qui est dit aux articles 449 bis et 456, les adjudications, ventes, reventes, cessions, rétrocessions, les retraits exercés après l'expiration des délais convenus par les contrats de vente sous faculté de réméré et tous autres actes civils et judiciaires translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles à titre onéreux, sont assujettis à un droit de 10 %».

tions immobilières destinées exclusivement à l'activité agréée (1). Il est également tenu compte des critères édictés par l'article 15 du code des investissements (2) et plus particulièrement du lieu d'implantation de l'entreprise.

Toujours en vertu des dispositions de ce dernier code, d'autres allègements fiscaux peuvent être consentis à la même société en cours d'activité.

---

(1) - L'article 449 bis II du code de l'enregistrement paraît plus restrictif puisqu'il n'inclut que les «acquisitions immobilières effectuées en vue de la création d'une activité nouvelle par les entreprises industrielles».

(2) - V. Infra, p. 177, note 1.

TITRE II-

LA CONDITION DE LA SOCIETE ETRANGERE EN COURS DE VIE SOCIALE

Lorsque l'on se place pendant l'exercice de son activité, la condition de la société étrangère mérite d'être analysée à trois points de vue différents : il convient tout d'abord de nous attacher à résoudre les problèmes saillants inhérents à sa vie financière (S.Titre I) ; comme des conflits sont notamment susceptibles de surgir à propos de ces dernières questions, il faudra donc rechercher de quelle manière ils seront tranchés (S.Titre II) ; enfin, il peut arriver que la société étrangère soit amenée, pour une raison ou pour une autre, à mettre fin à son activité, et ceci nous oblige à envisager les principales difficultés que peut susciter cette cessation d'activité (S.Titre III).

SOUS-TITRE I -

LA VIE FINANCIERE

L'établissement d'une personne morale d'allégeance politique étrangère sur un territoire quelconque dépend avant tout des profits qui pourront en résulter pour elle. L'importance de ces gains varie surtout en fonction de la fiscalité à laquelle l'entreprise se trouve assujettie (Ch. I), mais elle s'apprécie également en fonction de la part de bénéfices que la réglementation des changes l'autorise à transférer vers l'extérieur (Ch. II).

En dehors de cette activité financière habituelle, la cession d'actions et la prise de participation (Ch . III) exercent, enfin, une incidence sur la consistance de son patrimoine.

CHAPITRE I-

LA FISCALITE

Les entreprises étrangères qui opèrent de façon durable en Algérie ne sont pas toutes astreintes à un régime fiscal unique. Alors que certaines relèvent du régime de droit commun, d'autres se voient appliquer le régime dérogatoire institué soit par le code des investissements, soit par le droit pétrolier.

a) - Aperçu sur le régime fiscal de droit commun -

La fiscalité directe applicable aux entreprises commerciales comprend essentiellement un impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (B.I.C.), une taxe sur l'activité industrielle et commerciale (T.A.I.C.), un impôt sur le revenu des valeurs mobilières (I.R.V.N.) (1), une taxe foncière et un versement forfaitaire (V.F.) (2).

Les bénéfices réalisés sur le territoire par les sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions et société à responsabilité limitée) sont annuellement soumis à un impôt sur les B.I.C. calculé sur un taux de 50 % (3). Les bénéfices réinvestis dans certaines conditions sont en revanche imposés au taux réduit de 20 % (4).

Lorsqu'elles n'optent pas, comme elles en ont la possibilité, en faveur du régime prévu pour les sociétés de capitaux, les sociétés de personnes (société en nom collectif, société en commandite simple et association en participation) dont le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à 200.000 DA sont assujetties à un taux de 24 %.

Conformément à l'article 333 du code des impôts directs, la taxe sur l'activité industrielle et commerciale, qui est perçue au profit des collectivités locales, est fixée à 2,50 % ou à 2,55 % ; selon que l'entreprise imposable, et quelle que soit sa forme, exploite son établissement dans une commune de moins ou de plus de 100.000 habitants.

Avant d'être supprimé par l'article 24 de la loi de Finances pour 1975, un

---

(1) - En abrogeant les articles 38 à 160 du Code des Impôts Directs, l'article 24 de la loi de finances pour 1975 supprime l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

(2) - Une convention ayant pour objet d'éliminer les doubles impositions a été conclue entre l'Algérie et la France le 2 Octobre 1968 (V. Ordonnance n.- 70.24 du 12 Mars 1970, J.O.R.A. du 10 Avril 1970 ; pour une analyse de cette convention, V. SAADIA, la convention fiscale algéro-française, mémoire D.E.S., 1970, Alger).

(3) - L'article 26 de la loi de finances pour 1975 porte ce taux à 60 %.

(4) - Art. 13. code des impôts directs.

impôt sur le revenu des valeurs mobilières de 18 % était retenu à la source par la personne morale, et grevait tous les bénéfices distribués par les sociétés de capitaux.

Les distributions de bénéfices auxquelles procèdent les sociétés de personnes échappent à cette imposition.

La taxe foncière est calculée en appliqant au revenu net foncier - variable en fonction de la jouissance personnelle de la propriété ou de sa location - un taux obligatoire de 18 % ou de 11 %, selon que l'activité s'exerce dans le Nord ou dans le Sud du pays, et un taux voté annuellement par l'assemblée populaire communale ne pouvant en aucun cas excéder 50 %.

Enfin, toutes les sommes payées à titre de traitements, salaires, indemnités et émoluments donnent lieu à un versement forfaitaire égal à 6 % de leur montant à la charge des personnes physiques et morales qui les payent. Mais un impôt complémentaire progressif s'ajoute à ce versement forfaitaire dès lors que le traitement versé excède une somme de 24.000 DA (1).

Les taxes sur le chiffre d'affaires sont constituées par une taxe unique globale à la production (T.U.G.P.) et par une taxe unique globale sur les prestations de services (T.U.G.P.S.) applicables, sauf en cas d'exonération, aux marchandises et services non assujettis à un droit particulier.

Les affaires imposables à la taxe unique globale à la production sont celles qui portent sur les ventes et les travaux d'entreprise réalisés en Algérie par des personnes qui achètent pour revendre ou accomplissent une profession soumise à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Plusieurs taux de la T.U.G.P. ont été prévus par le législateur. Ils varient en fonction de l'utilité sociale du produit taxable (2).

La taxe unique globale sur les prestations de services est perçue sur toutes les opérations qui présentent un caractère commercial mais non consécutives à la fabrication d'un produit. Ces opérations taxables sont constituées par tous les services et par certaines ventes. Tout comme dans le cas de la précédente taxe sur le chiffre d'affaires, divers taux de T.U.G.P.S. sont applicables (3)

Si la personne morale étrangère ne relève pas de ce régime fiscal de droit commun dont les grands traits viennent d'être ainsi exposés, cela veut dire qu'elle dépend de l'un des régimes dérogatoires.

b) - Les régimes fiscaux dérogatoires -

La firme étrangère qui exerce une activité permanente sur le territoire peut

---

(1) - L'art. 274.1, code des impôts directs, dispose en effet qu'«il est institué en addition au versement forfaitaire prévu à l'alinéa précédent une imposition complémentaire calculée d'après les taux suivants : - 96 % pour les rénumérations individuelles annuelles supérieures à 24.000 DA et inférieures ou égales à 27.000 DA.

- 100 % pour les rénumérations individuelles annuelles supérieures à 27.000 DA».

(2) - Il existe un taux réduit spécial de 7 %, un taux réduit ordinaire de 10 %, un taux normal de 20 %, un taux majoré ordinaire de 30 %, et un taux majoré spécial de 40 %.

(3) - Les taux applicables en matière de T.U.G.P.S. sont de 6 %, 7,50 %, 15 %, 27 %.

X

être imposable conformément à l'un des deux régimes exceptionnels existants. Le premier est celui qui est prévu par le code des investissements en faveur de certains bénéficiaires d'agrément ; le second est celui qu'organise le droit pétrolier et qui n'intéresse exclusivement que la société opérant dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides dans les départements du Sud.

Les avantages fiscaux édictés par le code des investissements en vue de favoriser l'afflux de capitaux dans certains secteurs de l'économie (1) ne sont pas conférés à n'importe quelle entreprise ayant bénéficié d'un agrément. En dehors de celle qui ne sollicite qu'un agrément préfectoral, ou un agrément en forme simplifié et qui par hypothèse ne peut se prévaloir d'aucun avantage financier (2), la commission nationale des investissements tient compte de plusieurs facteurs (3) avant de proposer un allègement fiscal, plus ou moins important, au profit de la personne morale agréée selon la procédure solennelle (4).

De toute façon, mis à part le régime conventionnel d'impôts que l'Etat peut spécialement conférer à un investissement d'un montant supérieur à 5.000.000 DA (5), le régime dérogatoire prévu par le code des investissements édicte des allègements en matière d'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, de taxe foncière, de taxe unique globale à la production et de droits de douanes.

La société, qu'elle soit étrangère ou algérienne, qui remplit les conditions auxquelles se trouve subordonnée l'attribution d'avantages fiscaux, peut se voir consentir une exonération totale, partielle ou dégressive de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (6). Deux limites viennent cependant tempérer ce régime de faveur : quelle que soit son importance, cette exonération ne peut profiter à son bénéficiaire que pendant une période n'excédant pas cinq années ; en plus des amortissements qui ne doivent en aucune façon être différés, l'assiette de cette exonération ne peut avoir un montant de bénéfice dépassant 20 % des fonds propres investis dans l'activité agréée.

Pendant dix ans au maximum, elle peut également se voir exonérer totale-

---

(1) - cf. Supra, p. 176 et s.

(2) - cf. Supra, p. 182 et s.

(3) - Selon l'article 15 du code des investissements : «Ces avantages fiscaux visés à l'article 14 ne peuvent être consentis que dans la mesure où les conditions initiales d'exploitation de l'entreprise qui les sollicite, ne lui permettent pas de supporter immédiatement des charges fiscales normales ; de plus, il sera tenu compte des critères ci-après : - un rapport existant entre le montant des investissements et le nombre d'emplois permanents créés, en égard à la technique utilisée dans la branche considérée ;

— effets indirects de l'investissement envisagé sur les activités connexes ou complémentaires ;

— rythme de la formation professionnelle et de la promotion des cadres nationaux ;

— secteur économique et zone géographique d'implantation ;

— volume de la production destinée à l'exportation ou se substituant à des importations ;

— volume du capital nouveau importé».

(4) - cf. Supra, p. 184.

(5) - Ce régime conventionnel n'a encore jamais, à notre connaissance, été attribué.

(6) - Art. 14.5, code des investissements, op. cit.

ment, partiellement ou de façon dégressive de l'impôt foncier (1).

En matière de taxe unique globale à la production afférente aux acquisitions de biens d'équipement fabriqués en Algérie, c'est une réduction du taux ou une ristourne de la taxe qui est susceptible d'être applicable à l'entreprise faisant l'objet d'un agrément (2) Lorsque les biens d'équipements sont importés, elle peut se voir octroyer des délais pour acquitter la dite taxe (3). Mais ce crédit d 'impôt ne peut s'étendre au-delà de la durée impartie à l'amortissement industriel.

Enfin, et dans les limites de cette dernière période, le paiement des droits de douanes consécutifs à l'importation de biens d'équipement indispensables à la réalisation du projet agréé peut en outre être différé (4).

Cela dit, il convient de préciser que c'est toujours à un arrêté interministériel, pris sur proposition de la commission nationale des investissements, qu'il appartient d'agréer une entreprise et de lui accorder, le cas échéant, et plus ou moins complètement, le bénéfice de ce régime fiscal de faveur (5).

Même s'il est bref, ce survol du régime exceptionnel institué par le code des investissements donne une idée suffisamment précise de son contenu pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

En revanche, le système dérogatoire qui régit la recherche et l'exploitation des hydrocarbures liquides semble offrir beaucoup plus d'intérêt. Intérêt suscité non seulement par l'importance de son incidence sur notre économie, mais également par son originalité et par son interférence sur les relations économiques internationales. Ce sont ces diverses raisons qui nous autorisent à lui consacrer les développements qui vont suivre.

Bien qu'ayant fait l'objet de modifications essentielles, le code pétrolier saharien demeure encore la base de ce régime fiscal particulier. L'évolution qu'il a subie était commandée par les mêmes causes que celles qui plaidaient en faveur d'une transformation profonde de tout le système d'exploitation de cette richesse naturelle (6).

A priori, l'ancienne puissance concédante semble n'avoir accordé que très peu d'importance aux ressources fiscales procurées par la production des hydrocarbures au Sahara. A travers les dispositions du code, elle n'aurait, par conséquent, visé qu'«à assurer la sécurité du ravitaillement de la zone franc en produits énergétiques et l'équilibre progressif de la balance des comptes» (7).

En réalité, contrairement à cette affirmation et à ce que semble penser un auteur (8), cela n'était vrai qu'à moitié. Il ne faut pas oublier, en effet, que

---

(1) - Art. 14.2. ibid.
(2) - Art. 14.3. ibid.
(3) - Art. 14.4, Code des investissements, op. cit.
(4) - Art. 14.4, ibid.
(5) - Comme exemples des sociétés ayant bénéficié d'avantages fiscaux au titre du code des investissements, V. Arrêté interm. du 13.3.1973, J.O. du 12.10.1973, p. 970 ; Arrêté interm. du 21.9.1973, J.O. du 23.10.73, p. 1005.
(6) - cf. Supra, p. 125 et s.
(7) - Exposé des motifs, ordonnance n.- 58.1111 du 22.11.1958, op. cit.
(8) - M. BENCHIKH, op. cit., p. 106.

l'imposition de faveur, de loin plus avantageuse que celle qui prévalait à cette époque au Moyen-Orient (1), ne s'appliquait, par hypothèse, qu'à des compagnies françaises, parmi lesquelles dominait la société d'Etat ELF-ERAP.

A supposer même que l'Etat français se fût effectivement désintéressé du produit fiscal au stade de l'extraction des hydrocarbures, les ponctions qu'il opérait - et qu'il opère encore - à l'instar de tous les autres pays consommateurs au niveau des transformations que subit cette matière première, étaient, et demeurent, autrement plus consistantes (2). C'est dire qu'il réussissait ainsi à la fois à favoriser la construction de son indépendance énergétique, puisque le libéralisme de la fiscalité incitait les sociétés à augmenter leur production, et à ne point négliger ses rentrées fiscales, puisqu'il avait la possibilité d'effectuer ces prélèvements à un autre moment, abstraction faite de tous les effets induits profitant à son économie.

Parce qu'il tendait surtout à la réalisation des objectifs français, le code pétrolier saharien, tel qu'il a été reconduit, ne pouvait dès lors que contrarier la mise en œuvre de nos propres objectifs.

Cette situation était d'autant plus alarmante, que le décollage de toute notre économie était tributaire des ressources financières résultant de l'exploitation des hydrocarbures.

Un remède devait donc être trouvé. Comme l'activité des compagnies pétrolières dans les pays producteurs a un caractère essentiellement extraterritorial, l'extraction constitue l'unique source fiscale qui s'offre à l'Etat. C'est pourquoi, parallèlement aux efforts qu'elle déployait pour bouleverser l'ancien système d'exploitation (3), la puissance publique agissait en vue de modifier le régime fiscal hérité de la période coloniale.

En ce qui concerne les sociétés pétrolières sous contrôle français, le premier changement fut introduit par l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 (4). Par des étapes successives, le taux de l'impôt direct devait être porté de 50 à 55 % (5). Mais s'il constituait un dépassement du fameux procédé du «fifty-fifty», cet accord était «en retrait par rapport aux nouvelles modalités de calcul de la redevance reconnues dans les autres pays de l'OPEC» (6), puisqu'il per-

---

(1) - cf. GODART ET LOYRETTE, op. cit.

(2) - Un auteur (N. SARKIS, la crise de l'énergie et son impact sur l'industrie pétrolière, PGA n.- 115 du 1.1.1974, p. 27) estime qu'avant les augmentations des prix du 16 Octobre 1973, les recettes des pays exportateurs ne représentaient que 7,8 % du prix payé par le consommateur européen, soit R 1,61 le baril sur un total de R 20,53 comme prix moyen d'un baril de produits raffinés. La fiscalité des pays européens représentait pour sa part R 12,72 par baril soit 8 fois les recettes des pays détenteurs de gisements. Suite aux augmentations des prix du 16 Octobre et du 23 Décembre 1973 (cf. Le Monde du 25 Décembre 1973), les pays européens ont majoré les charges fiscales de façon que les pourcentages indiqués sont restés sensiblement les mêmes »; V. également : la fiscalité pétrolière dans les pays producteurs et dans les pays consommateurs, PGA du 1er Mars 1971, p. 43.

(3) - cf. Supra, p. 125 et s.

(4) - cf. Supra, p. 125 et s.

(5) - cf. Infra, p. 221 et s.

(6) - Etude anonyme : OPEC : le conflit sur les prix et ses implications économiques, PGA n.- 45, 1er Février 1971, pp. 26 et 27.

mettait à ces compagnies de déduire de leurs impôts une part de cette redevance allant de 47 % en 1965 à 45 % en 1969 (1).

Par ailleurs, les prix de référence servant d'assiette à cette fiscalité y étaient fixés à un niveau qui paraît tout à fait dérisoire aujourd'hui (2). Cette réduction par rapport aux prix pratiqués partout ailleurs était l'une des plus importantes faveurs que l'Algérie consentait à la France en échange de l'engagement de cette dernière de relancer la recherche, qui stagnait, et de contribuer à notre développement industriel.

Toujours est-il que le législateur s'était inspiré de cette convention pour étendre, par l'ordonnance n.- 65.317 du 30 Décembre 1965 (3), aux compagnies non françaises les nouveaux taux d'imposition et pour mettre fin à la pratique du crédit d'impôt dont elles jouissaient (4).

Avec la conclusion, le 19 Octobre 1968, d'un protocole entre l'Algérie et Getty Pétroleum Compagny (5), une nouvelle étape fut franchie. Tout en faisant l'objet d'une réfaction accordée à la société américaine en contre partie du transfert de 51 % de ses intérêts à la So natrach (6), le prix de référence retenu pour le calcul des bénéfices imposables fut augmenté (7).

Mais il faut attendre la promulgation de l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 (8) et celle du décret n.- 71.100 de la même date (9) pour assister à la modification la plus radicale. Cette nouvelle législation a une portée considérable. En plus de son incidence déterminante sur l'accroissement des ressources budgétaires, son apport fondamental consiste en ce qu'elle permet, et pour la première fois, à un Etat producteur d'hydrocarbures de s'affranchir de l'influence des sociétés étrangères, à qui appartenait la véritable clef de tout le système ; lui permettant ainsi de rejeter le procédé de la négociation pour exercer la plénitude de son pouvoir en matière d'établissement de l'impôt. Cette souveraineté retrouvée va surtout se traduire sur le plan de la détermination du prix (Section I), puisque c'est de ce facteur qu'est largement tributaire la mise en œuvre de toute politique fiscale. Encore que le contenu même de l'imposition n'a pas échappé pour autant à l'action du législateur (Section II).

---

(1) - cf. Infra, p. 223 et s.

(2) - cf. Infra, p. 213.

(3) - J.O.R.A. du 30 Décembre 1965, p. 1208.

(4) - Il est significatif de noter que les sociétés étrangères touchées par cette mesure avaient poussé l'arrogance jusqu'à soutenir, par des protestations écrites adressées au Ministère de l'Industrie et de l'Energie, que le législateur algérien n'avait pas le pouvoir de modifier unilatéralement les dispositions de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 (cf. M. BENCHIKH, op. cit., p. 115).

(5) - cf. Supra, p. 125 et s.

(6) - cf. Supra, p. 163 et s.

(7) - cf. Infra, pp. 214 et 215.

(8) - Ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 modifiant l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

(9) - Décret n.- 71.100 du 12 Avril 1971 portant modification de la convention type de concession des gisements d'hydrocarbures, approuvée par le décret n.- 61.1045 du 16 Septembre 1961, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 370.

Auparavant, il est essentiel d'apporter une précision concernant le domaine d'application de ce régime fiscal dérogatoire : aux termes de l'article 62 l'ordonn ance du 22 Novembre 1958 (1), confirmé par l'article 125-I du code des impôts directs, seules les entreprises effectuant une activité de recherches ou d'exploitation des hydrocarbures au Sahara y sont assujetties. Autrement dit, la même activité exercée dans les départements algériens autres que ceux des Oasis et de la Saoura, est soumise au régime de droit commun esquissé plus haut. A la limite, une même compagnie peut-être simultanément passible de ces deux régimes : il lui suffira simplement d'opérer à la fois dans le Nord et dans le Sud de l'Algérie (2).

SECTION I
LA DETERMINATION DU PRIX DES HYDROCARBURES SERVANT D'ASSIETTE A LA FISCALITE

L'importance de la modalité de fixation des prix des hydrocarbures servant de base à l'imposition ne peut-être saisie que si on la dissocie pas du problème général posé par la détérioration des termes de l'échange s'exerçant au détriment des pays producteurs de matières premières (3).

En ce qui concerne plus précisément les pays exportateurs de pétrole, ce mal a deux origines différentes. La première origine résulte de la disproportion qui existe entre l'évolution des prix du pétrole exporté et l'évolution des prix des biens et des services importés par ces pays. La seconde cause est d'ordre purement monétaire ; on la doit aux «modifications des parités de monnaies des principaux pays industrialisés et des incidences que ces modifications peuvent avoir sur le pouvoir d'achat des revenus pétroliers des pays exportateurs» (4).

L'action négative de ce double phénomène de la dépréciation monétaire et

---

(1) - Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(2) - B. YANAT, notions budgétaires et fiscales, p. 111.

(3) - Selòn L.S. SENGHOR, (V. Le Monde, 29 Octobre 1974, les «Tiers-Mondes») : «l'échange inégal est la nouvelle forme qu'a prise le pillage du Tiers Monde... Il consiste dans le fait que les prix des matières premières exportées par les pays en voie de développement diminuent chaque année, tandis que ceux des produits importés du monde développé augmentent, qu'ils soient manufacturés ou non»

(4) - V. Z. MIKDASHI, les termes de l'échange des pays de l'OPEP, PGA n.- 83 du 1er Novembre 1971, p. 26.

En prenant comme année de référence 1959 (1959 : 100) une étude anonyme (le conflit sur les prix et ses implications économiques, PGA n.- 45 du 1er Février 1971, pp. 33 et 34) montre que le dollar a subi une dépréciation annuelle de l'ordre de 2,2 %. Cette situation s'est aggravée en 1969 et en 1970 puisque cette détérioration est respectivement passée de 5,1 % à 5,7 %. «Le pouvoir d'achat du dollar, y est-il précisé, est ainsi tombé de 100 en 1959 à 94 en 1964, à 79 en 1969 à 73,9 en 1970, ce qui signifie que la valeur réelle des revenus en dollars des pays exportateurs de pétrole a été effectivement réduite de 26,1 % en l'espace de 11 ans».

Mais cette influence néfaste de l'inflation se cumule avec celle de la dévaluation des monnaies occidentales. C'est ainsi que la dévaluation de 7,9 % du dollar par rapport à l'or se traduit obligatoirement par une amputation correspondante de la valeur réelle des revenus

de la dévaluation sur les revenus des pays producteurs était aggravée par le fait que l'établissement même des prix fiscaux de leurs hydrocarbures échappait totalement à leur influence. C'était sur ce terrain que l'Algérie se devait d'agir afin de mettre en œuvre, comme le préconisent plusieurs résolutions de l'OPEP (1), une première mesure de sauvegarde ; et ce, avant de proposer par la voix du président Boumediène la convocation d'une conférence mondiale, sous l'égide des Nations unies, pour étudier l'ensemble des relations économiques entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement (2). La réalisation de cet objectif capital s'est effectuée en deux périodes successives : de la fixation des prix par les seules sociétés étrangères (§ 1), on est passé à l'utilisation d'un procédé conventionnel (§ 2), pour déboucher, enfin, sur l'emploi d'une technique purement unilatéral (§ 3) ; laquelle, à l'exclusion de toute autre, permet de protéger au maximum nos intérêts et s'harmoniser avec le principe de notre souveraineté.

§ 1 - LA FIXATION DES PRIX FISCAUX PAR LES SOCIETES ETRANGERES -

Jusqu'à une époque encore récente, qui s'est achevée au début de l'année 1971 (3), les compagnies pétrolières, regroupées pour la plupart au sein d'un cartel, considéraient la fixation du niveau des prix servant d'assiette à la fiscalité comme relevant de leur unique compétence. C'est pour cette raison qu'elles exerçaient cette prérogative sans consulter les pays producteurs.

C'est de cette conception que s'inspirait largement le code pétrolier saharien, tel qu'il a été reconduit au lendemain de notre accession à l'indépendance. L'article C 32 de la convention type du 16 Septembre 1961 (4) disposait que : «tout titulaire ou associé procédant à la vente de produits extraits du gisement doit publier le prix auquel il est disposé à vendre ces produits aux points de chargement ou de livraison». Ceci revenait à reconnaître aux compagnies concessionnaires établies sur notre territoire l'exorbitant pouvoir de déterminer les prix sur lesquels l'administration fiscale devait asseoir son imposition.

Théoriquement cependant, l'exercice de cette prérogative n'était pas sans limite. Ce prix publié (5) ne devait pas différer «des prix courants du marché

---

des pays exportateurs de pétrole. Et qu'aux effets de cette dévaluation s'ajoutent ceux qui naissent des réévaluations des monnaies de certains grands pays industrialisés, qui sont de grands fournisseurs des pays de l'OPEC (cf. les incidences de l'accord de Washington sur les prix du pétrole brut, PGA n.- 67 du 1er Janvier 1972, p. 4).

(1) - cf. Infra, p. 330 et s.

(2) - cf. El-Moudjahid du 2 Février 1974 ; les dossiers «Jeune Afrique» et «Economia», Juillet-Décembre 1974, p. 56 et s. ; V. également : Résolution 3201 (S. VI) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies (cession extraordinaire) le 1er Mai 1974.

(3) - Année de conclusion de l'Accord de Téhéran et de celui de Tripoli (cf. Infra, p. 332).

(4) - Approuvée par décret n.- 61.1045 du 16 Septembre 1961, op. cit.

(5) - Dans le langage pétrolier, les prix «publiés», ou «postés» ou «affichés» sont des expressions synonymes.

international». Dans le mesure où une discordance apparaissait entre eux, l'administration algérienne pouvait, sur proposition de l'organisme (1), procéder à la correction des prix établis par les sociétés pétrolières (2).

Mais un tel pouvoir d'intervention était plus fictif que réel. Son inefficacité résultait au moins de deux causes complémentaires. La structure paritaire de l'organisme technique et la paralysie de son fonctionnement, qui découlait de l'exercice du droit de véto par l'une des deux parties, constituaient un premier frein. Il eût été pour le moins étonnant de voir les représentants français siégeant au sein de cette institution, donner leur accord en vue de la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article C 34 de la convention type ; étant donné que la fixation des prix publiés relevait essentiellement des sociétés françaises et que le pétrole extrait était en grande partie exporté vers la France.

L'autre source d'inefficacité du pouvoir de correction des prix publiés conféré à la puissance publique était due à l'utilisation des «prix courants du marché international» comme échelle de référence. Ces prix qui servaient ainsi d'étalon étaient eux-mêmes imposés par le cartel international. Or, comme on l'a écrit fort justement, le «prix revêt une signification différente suivant qu'il s'agit d'une entreprise intégrée qui livre le pétrole à ses filiales, ou d'une société non intégrée qui livre le même produit à une autre société» (3). Dans la première hypothèse, on se trouve en présence d'un simple prix «interne» n'ayant qu'une valeur comptable dans la répartition des profits entre les différentes activités réalisées au sein d'un même groupe. C'est uniquement dans le second cas que le prix reprend tout son sens économique ; il constitue alors le point de rencontre entre une offre et une demande indépendantes l'une de l'autre. On voit bien, dans ces conditions, que les «prix courants du marché international» risquaient de ne point représenter une garantie solide susceptible, le cas échéant, de servir d'appui à l'intervention de l'administration. Parce qu'ils étaient très «intégrés», ces prix étalons ne pouvaient eux-mêmes que léser les intérêts des pays producteurs d'hydrocarbures.

La fixation négociée des prix allait, croyait-on, remédier au caractère anormal de cette situation.

§ 2 - LA FIXATION CONVENTIONNELLE DES PRIX FISCAUX -

C'est l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 qui inaugura ce nouveau

---

(1) - L'organisme technique de mise en valeur des richesses du sous-sol saharien fut institué par le Titre III de la Déclaration de principe sur la coopération pour la mise en valeur des richesses du sous-sol saharien, J.O.R.F. du 20 Mars 1962 : v. également le code pétrolier saharien, op. cit., p. 5. Pour une critique de cette institution, cf. Les visées pétrolières françaises à travers l'évolution des institutions et des textes, PGA n.- 48 du 16 Février 1971, p. 22.

(2) - Art. C 34, convention type du 16 Septembre 1961, op. cit.

(3) - Etude anonyme : Trois ans de coopération Franco-Algérienne, El-Moudjahid du 14 Décembre 1968 ; V. dans le même sens : Rapport des Nations Unies sur les sociétés multinationales (op. cit., p. 36).

procédé de détermination des prix (A). Il fut repris par le protocole conclu entre l'Algérie et Getty Pétroleum Compagny (B).

A) - LA FIXATION DES PRIX ET L'ACCORD ALGERO-FRANÇAIS DU 29 JUILLET 1965 -

A l'égard des sociétés françaises opérant sur notre territoire, l'accord d'Alger avait introduit une modification dans le système institué par le code pétrolier saharien. En matière d'établissement des prix, une distinction devait dorénavant être faite entre les prix de vente et les prix de référence.

La détermination du prix de vente des hydrocarbures relevait toujours de la compétence exclusive des compagnies concessionnaires et devait, en principe, continuer à se faire conformément aux dispositions de la convention type du 16 Septembre 1961 (1).

En revanche, s'agissant des prix à prendre en considération pour le calcul de l'assiette fiscale, l'article 24 de l'accord et l'article 127 du protocole adoptaient des prix de référence (2). Leur particularité essentielle consistait en ce qu'ils n'étaient pas susceptibles de varier pendant la période de temps s'échelonnant entre l'année 1965 et l'année 1969.

Bien qu'il fut satisfaisant sur le plan des principes, ce système contractuel ne donna pas de meilleurs résultats que le précédant. Adopté dans le but de soustraire les partenaires aux risques éventuels qui naissent de l'instabilité du marché pétrolier, il défavorisa en fait considérablement les intérêts de notre pays ; en raison de l'existence d'une forte tendance en faveur de la hausse des prix des hydrocarbures (3).

C'est notamment par suite du refus du partenaire français de réviser ces prix de référence, comme le stipulait l'article 27 (4), que cet accord fut remis en cause.

B) - LA FIXATION DES PRIX ET LE PROTOCOLE GETTY -

---

(1) - Il semble que les compagnies profitèrent de cette liberté d'action pour vendre aux sociétés-mères le pétrole à des prix anormalement bas (cf. étude anonyme : trois ans de coopération Franco-Algérienne, op. cit.). Pour faire cesser cette situation lésionnaire, le Gouvernement a dû intervenir énergiquement (cf. Le Monde du 7 Novembre 1968, p. 30 : «l'Algérie confirme son embargo sur les exportations de pétrole du groupe E.R.A.P. à des «prix trop bas»).

(2) - Tels que prévus par l'article 24 de l'accord et par l'article 127 du protocole, les prix de référence étaient les suivants :

– 2,095 $ le baril FOB Arzew pour un pétrole de 40 à 44,5° API,

– 2,08 $ le baril FOB Bougie pour un pétrole de 40 à 44,5° API,

– 2,04 $ le baril FOB La Shirra pour un pétrole de 40 à 44,5° API.

(3) - V. J.J. BERREBY, Une conjoncture favorable à la révision des accords avec la France, Le Monde Diplomatique, Septembre 1970.

(4) - L'article 27 de l'Accord diposait : «au cours de l'année 1969, les deux gouvernements procèderont à un examen de la situation en vue de déterminer si le prix retenu pour l'assiette de la fiscalité doit être révisé à compter de l'exercice 1969» ; sur les griefs algériens adressés au partenaire franqis, V. G. DESTANNE DE BERNIS, les problèmes pétroliers algériens, Rev. Alg. 1973, p. 744 et s.

Tout en prévoyant également deux catégories de prix, le protocole conclu le 19 Octobre 1968 entre l'Algérie et la société Getty prenait la précaution d'insérer des correctifs.

En ce qui concerne les prix de vente des hydrocarbures, l'article 7 faisait obligation à la compagnie américaine de publier le prix auquel elle était disposée à écouler son brut aux points de chargement ou de livraison. Mais au-delà du fait qu'elle devait tenir compte des prix affichés dans les pays producteurs approvisionnant le marché européen, elle se voyait surtout imposer des prix planchers au-dessous desquels il lui était interdit de descendre (1)

En ce qui concerne les prix servant de base à l'imposition, les prix de référence, dont les niveaux étaient arrêtés d'un commun accord, étaient plus avantageux que ceux établis par l'accord d'Alger, bien qu'ayant fait l'objet d'une réfaction (2)

Quels que furent ses résultats, ce procédé conventionnel de détermination des prix représentait qu'une étape transitoire. La solution la plus conforme à la souveraineté et aux intérêts des pays producteurs ne pouvait découler que de l'emploi d'une procédure réglementaire de détermination des prix.

§ 3 - LA FIXATION UNILATERALE DES PRIX FISCAUX -

C'est essentiellement pour protéger ses membres contre l'érosion du pouvoir d'achat du dollar, résultant soit d'une dévaluation, soit de l'inflation qui sévit dans les pays industrialisés, que l'organisation des pays exportateurs de pétrole a, dans sa résolution XVI/90 de Juin 1968, énoncé ce principe, en décidant que «les prix seront déterminés par le gouvernement et varieront de manière à éviter toute détérioration de leur rapport avec les prix des produits manufacturés qui entrent dans les échanges interntionaux» (3)

L'utilisation de cette voie réglementaire, que la décision ministérielle du 20 Juillet 1970 a d'abord inaugurée au détriment des sociétés françaises, a été

---

(1) - Conformément à l'article 7 du protocole, les prix publiés par Getty ne pouvaient en aucun cas être inférieurs à :
– 2,65 dollars US le baril FOB Arzew,
– 2,635 dollars US le baril FOB Bougie,
– 2,595 dollars US le baril FOB La Shirra.

(2) - L'article 8c prévoyait comme base de l'imposition les prix de référence suivants :
– 2,21 dollars US le baril FOB Arzew,
– 2,195 dollars US le baril FOB Bougie,
– 2,155 dollars US le baril FOB La Skhirra.

(3) - Pour un extrait de cette résolution, cf. OPEC : le conflit sur le prix et ses implications économiques, PGA n.- 45 du 1er Février 1971, pp. 33 et 34 ; le même principe a été également rappelé dans la résolution XVIII/103 et dans la résolution XXI/122 adoptée par la XXIème Conférence tenue à Caracas en Décembre 1970 ; pour le texte intégral de cette dernière résolution, V. PGA n.- 46 du 16 Février 1971, p. 29 ; v. dans le même sens la résolution XXII/131 de la Conférence extraordinaire tenue par l'OPEC à Téhéran du 3 au 4 Février 1971, PGA n.- 46 du 16 Février 1971, pp. 33 et 34.

généralisée par le décret n.- 71.100 du 12 Avril 1971 (1). Bien qu'il reprenne l'intégralité des termes utilisés à l'origine par l'article C 32 de la convention type du 16 Septembre 1961 et qu'il revienne par là même au système des prix publiés (2), ce décret y introduit une modification fondamentale : «en tout état de cause, édicte-t-il, ce prix ne pourra être inférieur au prix dont le niveau sera déterminé par décret».

Pour mettre en application ce nouvel alinéa de l'article C 32, le législateur a mis fin au régime préférentiel prévu par les accords algéro-français du 29 Juillet 1965 en s'alignant, tout en tenant compte des différentiels de frêt et de qualité dont bénéficie le pétrole algérien, sur les prix pratiqués par l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (3) ; et qui étaient consacrés à l'époque par les

---

(1) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 370.

(2) - cf. Supra, p. 212.

(3) - 1. Décret n.- 71.101 du 12 Avril 1971 fixant la valeur définitive à retenir pour les prix de référence fiscaux applicables à des sociétés pétrolières pour les exercices 1969 et 1970, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 370. Par ce texte, l'Algérie procède donc, et de façon unilatérale, à la révision que refusait d'effectuer la partie française, conformément à l'article 27 de l'Accord d'Alger (cf. Supra, p. 214). Pour la dite période, les prix étaient fixés comme suit :

– 2,770 dollars US, le baril FOB Béjaïa,

– 2,785 dollars US, le baril FOB Arzew,

– 2,730 dollars US, le baril FOB La Skhirra (Tunisie).

Décret n.- 71.102 fixant le niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides pou la période du 1er Janvier au 19 Mars 1971, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 371 ; c'est-à-dire :

– 2,700 dollars US, le baril FOB Bejaïa,

– 2,715 dollars US, le baril FOB Arzew,

– 2,670 dollars US, le baril FOB La Skhirra (Tunisie).

Décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971 fixant le niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides applicables à compter du 20 Mars 1971, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 371. Selon l'article 2 de ce texte, le prix publié comprend un «élément de base» et un «élément complémentaire».

L'évolution de l'élément de base, en dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril, s'établissait comme suit :

Période de validité Port d'enlèvement	du 20 - 3 au 31.12.71	du 1.1 au 31.12.72	du 1.1 au 31.12.73	du 1.1 au 31.12.74	du 1.1 au 31.12.75
BEJAIA ET SKIKDA	3,350	3,370	3,524	3,682	3,844
ARZEW	3,365	3,385	3,540	3,699	3,861
LASKHIRRA	3,320	3,340	3,494	3,651	3,812

L'élément complémentaire, calculé en fonction de la situation du marché du frêt maritime, était fixé à 0,250 dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril, pour la période du 20 Mars au 30 Juin 1971.

Pour la période postérieure au 30 Juin 1971, c'est l'arrêté du 22 Novembre 1971 (J.O.R.A. du 24 Décembre 1971, p. 1415) qui détermine les modalités de calcul de l'«élément complémentaire» prévu par l'article 2 du décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971. Aux termes de son

accords de Téhéran (1) et de Tripoli (2).

Il faut préciser cependant, que l'intervention de l'Algérie emprunte la voie réglementaire, alors que les prix postés dont elle s'inspire n'étaient, jusqu'au 16 Octobre 1973 (3). que le résultat d'une négociation. La conséquence juridique essentielle qui découle de l'adoption de cette méthode est que le pouvoir qui a déterminé unilatéralement ces prix peut également les modifier de la même façon (4). C'est justement ce principe que prend soin de rappeler le décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971. Il édicte que ses dispositions, applicables normalement jusqu'au 31 Décembre 1975, «pourront, toutefois, être modifiées par décret en cas de changement notable et durable affectant les éléments du prix ou plus généralement en cas de modification profonde des données de l'économie pétrolière mondiale, notamment en cas de modifications des parités monétaires sur le plan international» (5).

Depuis cette date, la puissance publique n'a jamais hésité à reconsidérer le prix des hydrocarbures liquides chaque fois que la conjoncture internationale plaide en faveur de leur remise en cause. C'est ainsi que des augmentations

---

article 2 «l'élément complémentaire» comprend les deux composantes suivantes :
– la composante dite «Prime de Suez» fixée à :
– 0,12 dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril tant que dure la fermeture du Canal de Suez à la navigation -
– 0,04 dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril à compter de la date à laquelle le Canal de Suez sera ouvert et permettra le passage de bateaux commerciaux ayant un tirant d'eau de 37 Pieds.
– La composante dite «Prime temporaire de frêt» qui est déterminée pour chaque trimestre civil.
L'article 5 du décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971 prévoit en outre que les prix indiqués plus haut seront corrigés :
– de *0,002 dollars en plus par 1/10^0* de degré *API au-dessus de 44^{0}API,*
– de *0,002 dollars en moins par 1/10^0 de degré API au-dessous de 44^{0}API jusqu'à 40^{0}API,*
– de *0,0015 dollars en moins par 1/10^0* de degré *au-dessous de 40^{0}API.*

(1) - cf. Le Monde du 16 Février 1971 ; pour le texte intégral de l'accord de Téhéran v. PGA n.- 47 du 1er Mars 1971, p. 27.

(2) - cf. Le Monde du 14 Avril 1971 ; v. également : DEVEAUX–CHARBONNEL, les accords de Téhéran et de Tripoli, A.F.D.I. 1971, p. 131 et s. Pour le texte de l'accord annexé de Genève du 1er Juin 1973, v. PGA n.- 102 du 16 Juin 1973, p. 27.

(3) - On peut considérer en effet que c'est par les mesures d'augmentations décidées le 16 Octobre 1973 (cf. PGA n.- 111 du 1er Novembre 1973, p. 29 et communiqué des compagnies, p. 31) que l'OPEP a définitivement rompu avec la méthode contractuelle de détermination des prix pour recourir à la méthode unilatérale. V. à ce propos : les nouveaux mécanismes de fixation des prix doivent encore être clarifiés, PGA n.- 112 du 16.11.73. p. 13.

(4) - V. notamment : J.RIVERO, droit administratif, Précis, Dall. 4ème éd., p. 88 et s.
A. SOULEIMAN, la nouvelle loi pétrolière algérienne et la souveraineté de l'Etat sur les richesses naturelles, communication au Colloque sur «le droit pétrolier et la souveraineté des pays producteurs» tenu du 20 au 22 Octobre 1971 à Alger.

(5) - Art. 6, Décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971, op. cit.

sensibles furent d'abord successivement imposées en 1972 (1) et en 1973 (2) Mais c'est essentiellement par suite de l'utilisation du pétrole comme arme politique dans le conflit du Proche-Orient et de la décision prise par les pays arabes de réduire leur production (3), tout en décrétant un embargo à l'encontre de certains pays consommateurs, que les fondements mêmes de l'économie pétrolière mondiale furent complètement bouleversés (4). Corrélativement,

---

(1) - Décret n.- 72.175 du 27 Juillet 1972 modifiant et complétant, à compter du 20 Janvier 1972, les modalités de calcul du niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides défini par le décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971 et l'arrêté du 22 Novembre 1971, J.O.R.A. du 8 Août 1972, p. 783. A la suite de la promulgation de ce texte, l'évolution de l'élément de base, en dollars des Etats-Unis d'Amérique s'établissait comme suit :

Période de Validité / Port d'enlèvement	du 20.1.72 au 31.12.72	du 1.1.73 au 31.12.73	du 1.1.74 au 31.12.74	du 1.1.75 au 31.12.75
BEJAIA ET SKIKDA	3,656	3,823	3,995	4,171
ARZEW	3,672	3,840	4,012	4,188
LA SKHIRRA	3,624	3,791	3,962	4,137

(2) - V. Décret n.- 73.207 du 21 Novembre 1971 modifiant et complétant le décret n.- 72.175 du 27 Juillet 1972, modifiant et complétant à compter du 20 Janvier 1972 les modalités de calcul du niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides, défini par le décret n.- 71.103 du 12 Avril 1971 et l'arrêté du 22 Novembre 1971, J.O.R.A. du 27 Novembre 1973, p. 1090. Conformément à ce texte, l'évolution de l'élément de base, en dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril, était la suivante :

Période de validité / Port d'enlèvement	du 1.6.73 au 31.12.73	du 1.1.74 au 31.12.74	du 1.1.75 au 31.12.75
BEJAIA ET SKIKDA	4,269	4,457	4,650
ARZEW	4,288	4,476	4.669
LA SKHIRRA	4,233	4,420	4,612

(3) - cf. Communiqué de l'OPAEP relatif à la réduction de la production. PGA n.- 111 du 1er Novembre 1973, p. 32.
(4) - V. notamment : JM. CHEVALIER, le Nouvel enjeu pétrolier, Calman-Levy, Paris, 1973.

le niveau dex prix allait subir deux accroissements sans précédant, et presque simultanés, du fait des mesures prises unilatéralement par l'OPEP le 16 Octobre 1973 (1) et le 23 Décembre 1973 (2). Ce sont ces importantes augmentations qui ont été automatiquement répercutées en Algérie par les décrets n.- 74.4. (3) et 74.5 du 16 Janvier 1974 (4).

Outre qu'il est désormais réglementaire, et qu'il s'impose donc sans aucune exclusive à toutes les sociétés étrangères opérant dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides (5), ce système des prix

---

(1) - cf. PGA n.- 111 du 1er Novembre 1973, p. 29.

(2) - cf. Le Monde du 25 Décembre 1973.

(3) - Décret n.- 74.4 du 16 Janvier 1974 fixant le niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides applicables pour la période allant du 16 Octobre 1973 au 31 Décembre 1973, J.O.R.A. du 25 Janvier 1974, p. 63. Le niveau minimum des prix FOB était fixé comme suit :

Période de validité / Port d'enlèvement	du 16.10.73 au 31.10.73	du 1.11.73 au 31.11.73	du 1.12.73 au 31.12.73
BEJAIA ET SKIKDA	9,261	9,364	9,107
ARZEW	9,294	9,397	9,140
LA SKHIRRA	9,197	9,300	9,045

(4) - Décret n.- 74.5 du 16 Janvier 1974 fixant le niveau minimum des prix publiés des hydrocarbures liquides applicables pour la période allant du 1er Janvier au 31 Mars 1974, J.O.R.A. du 25 Janvier 1974, p. 64. Pour la dite période, et pour un pétrole de 44° API, le niveau des prix est fixé à :

– 16,216 dollars des Etats-Unis d'Amérique, le baril FOB BEJAIA ET SKIKDA,

– 16,193 dollars des Etats-Unis d'Amérique, le baril FOB ARZEW,

– 16,167 dollars des Etats-Unis d'Amérique, le baril FOB LA SKHIRRA.

Les prix définis ci-dessus pour un pétrole de 44° API, seront corrigés :

– de 0,006 dollars en plus, par dixième de degré API au-dessus de 44° API.

– de 0,006 dollars en moins, par dixième de degré API au-dessous de 44° API.

Selon le décret n.- 74.223 du 15 Novembre 1974 (J.O.R.A du 29 Novembre, p. 993), les dispositions des articles 1er et 2 du décret n.- 74-5 du 16 Janvier 1974 sont reconduites pour la période allant du 1er Octobre au 31 Décembre 1974.

Le décret n.- 75-63 du 19 Avril 1975 (J.O.R.A. du 6 Mai, p. 408) édicte que «l'élément de base visé au 1° de l'article 1er du décret n.- 75-62 du 29 Avril 1975 (J.O.R.A. du 6 Mai, p. 407) est fixé à 10,46 dollars des Etats-Unis d'Amérique le baril de pétrole brut». Ces dispositions sont applicables à compter du 1er Janvier 1975.

(5) - Les préambules des protocoles conclus par l'Etat respectivement avec la CFA (cf. Supra, p. 149) et ERAP (cf. Supra, p. 149) rappellent «que le régime fiscal applicable aux sociétés pétrolières en Algérie a été modifié ou complété notamment par les ordonnances n.- 71.24 et 71.25 du 12 Avril 1971 et par les décrets n.- 71.100, 71.101, 71.102 et 71.103 du 12 Avril

est purement évolutif. L'instabilité qui en résulte, bien que génératrice de certains inconvénients, représente en l'état actuel des choses la seule arme efficace dont disposent les pays producteurs pour se protéger contre la dépréciation de leurs revenus en devises (1) ; lesquelles ressources proviennent pour une large part de l'imposition pétrolière.

SECTION II
LE CONTENU DE L'IMPOSITION PETROLIERE

Institué par l'ordonnance du 22 Novembre 1958 (2) modifiée notamment par l'ordonnance 71.24 du 12 Avril 1971 (3), le régime fiscal particulier applicable à l'activité pétrolière dans les départements des OASIS et de la SAOURA est exclusif de l'assujetissement des sociétés concernées à l'imposition directe de droit commun sur les résultats et sur les revenus distribués (4).

L'exonération de ces entreprises, qui n'exclut d'ailleurs pas leur soumission aux autres impôts prévus par le régime général (5), ne s'explique que par la fiscalité spécifique qui leur est applicable : à savoir un impôt direct sur les bénéfices (§ 1) et une redevance (§ 2).

Ces charges fiscales sont assumées de façon indépendante par la société étrangère (6), bien qu'elle ne puisse entreprendre une activité de recherche ou

---

1971», v. également : article 2 du protocole CFP et le préambule du protocole ERAP.
Conformément à l'article 5 de l'amendement au protocole du 19 Octobre 1968 (cf. Supra, p. 149), la société Getty n'est soumise à ce régime que depuis le 1er Janvier 1972. Pour un aperçu sur cet amendement, v. PGA n.- 78 du 16 Juin 1972, pp. 17 et 18.

(1) - C'est ce qui explique la décision que vient de prendre l'OPEP d'indexer, à partir de l'année prochaine, le prix du pétrole sur le taux d'inflation des pays industrialisés (V. Le Monde, 15 et 16 Septembre 1974).

(2) - Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(3) - Ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 modifiant l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisation des hydrocarbures et au régime fiscal de ces activités J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

(4) - En effet, selon l'article 67.1 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, les entreprises passibles de la fiscalité pétrolière «sont exemptées de tout impôt direct frappant les résultats de leur exploitation établi au profit de l'Etat, des collectivités publiques et de toute personne morale de droit public..., ainsi que de la taxe sur l'activité professionnelle prévues aux articles 242 et suivants du code des impôts directs». Ce qui veut dire que les compagnies pétrolières opérant dans le Sud de l'Algérie sont exonérées de l'impôt sur les BIC, de l'I.R.V.M. et de la T.A.I.C. (cf. B. YANAT, op. cit., n.- 473) ; V. également : N. MASSOUNABE-PUYANNE, le régime fiscal du pétrole saharien, Association Française des techniciens du pétrole, p. 23.
des techniciens du pétrole, p. 23.

(5) - Art. 67.11, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit. Aux termes de cette disposition, les entreprises pétrolières se trouvent donc notamment assujetties à la taxe unique sur les véhicules automobiles, aux versements forfaitaires et à la taxe foncière.

(6) - A titre d'illustration, v. Art. 2 protocole CFP et protocole ERAP, Art. 3 et s., protocole conclu entre l'Etat et Getty.
Cette autonomie fiscale implique, bien évidemment, et comme le prévoit l'article 64.1 al. 2 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958, la tenue, par chaque entreprise, d'une comptabilité séparée.

d'exploitation des hydrocarbures liquides qu'en association avec la société nationale Sonatrach (1). Il est vrai que cette autonomie est favorisée par la répartition au champ de la production (2).

§ 1 - L'IMPOT DIRECT SUR LES BENEFICES -

Selon l'article 64.1 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958, les compagnies pétrolières sont passibles d'un impôt direct à raison des bénéfices nets qu'elles retirent de l'ensemble de leurs activités.

Depuis que le fonds de reconstitution des gisements a été supprimé (A), ces bénéfices nets sont obtenus «par déduction du produit brut constitué par la valeur départ champ des produits vendus, des frais d'exploitation, de fonctionnement et des amortissements des immobilisations» (3).

Pour calculer le montant de l'impôt direct il ne restera alors plus qu'à appliquer le taux prévu (B).

A) - La suppression du fonds de reconstitution des gisements -

Pour l'inciter à reconstituer ses gisements, le code pétrolier saharien autorisait la compagnie concessionnaire à porter au débit de son compte de pertes et profits «une somme égale à 27,5 pour 100 de la valeur départ champ des produits extraits servant de base au calcul de la redevance, dans la limite de 50 pour 100 du bénéfice net» (4). Cette dotation du fonds de reconstitution des gisements (5) n'échappait cependant à l'application de l'impôt direct que de façon temporaire. Cette partie des bénéfices, sur laquelle ne posait aucune obligation de remploi, devenait ensuite imposable soit au moment de sa mise en distribution, soit à l'expiration d'un délai de cinq ans (6).

Mais si ce sursis au paiement de l'impôt direct constituait un incontestable avantage de trésorerie pour la firme étrangère, il n'en allait pas de même pour l'économie nationale. D'autant plus que loin de servir à la reconstitution des gisements au Sahara, les sommes temporairement soustraites à la fiscalité étaient le plus souvent investies sur d'autres territoires (7). C'est pour cette

---

(1) - cf. Supra, p. 147 et s.

(2) - cf. Supra, p. 167.

(3) - B. YANAT, op. cit., p. 112.

L'article 64.VII de l'ordonnance 58.1111 du 22 Novembre 1958 donne une énumération complète des sommes que la société pétrolière peut porter au débit de son compte de pertes et profits.

(4) - Art. 67.VII 8°, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(5) - Cette dotation pour fonds de reconstitution des gisements tire son origine (cf. J. RUSSO, op. cit., p. 39) du système américain de la «Depletion Allowance» et a été introduite dans la législation française sous le nom de «provision pour reconstitution de gisements» par la loi du 7 Février 1953.

(6) - Art. 66, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(7) - Le fait que la recherche ait complètement stagné entre 1962 et 1965 est suffisamment révélateur de cette tendance.

raison que, en s'inspirant de l'accord d'Alger du 29 Juillet 1965 (1), l'ordonnance du 30 Décembre 1965 (2) a mis définitivement un terme à l'existence de ce crédit d'impôt.

Ce texte a également exercé une influence sur le taux de la fiscalité.

B) - Le taux de l'impôt direct -

Reprenant le fameux système du «fifty-fifty» qui fut introduit au Vénézuéla dès 1948 (3), l'article 65 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958 prévoyait que le montant du bénéfice imposable était passible d'un impôt direct de 50 pour 100.

Mais ce taux était dépassé au moment de la promulgation de cette loi. Car la société d'Etat «ENI» avait déjà bouleversé les proportions dans le partage des bénéfices. Elle acceptait un prélèvement du pays producteur d'hydrocarbures égal à 75 pour 100.

La règle qui était instituée par le code pétrolier saharien ne pouvait dès lors encourir que des critiques. C'est finalement l'accord algéro-français du 29 Ju illet 1965 qui la remit en cause en modifiant le paragraphe I de l'article 65 précité: Par des étapes successives, le taux de l'impôt direct a été porté à 55 pour 100 (4).

Applicable à l'origine uniquement aux sociétés françaises en vertu de l'effet relatif des conventions internationales, ce taux fut aussitôt étendu à toutes les autres compagnies par l'ordonnance n.- 65.317 du 30 Décembre 1965 (5).

L'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 (6), qui porte modification de celle du 22 Novembre 1958, se contente de reprendre la même proportion en matière d'impôt direct dont le recouvrement s'effectue selon les dispositions de l'ordonnance n.- 74.6 4 du 10 Juin 1974 (7). Mais après avoir été porté à 56,40

---

(1) - L'article 26 de l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 disposait : «au titre des exercices postérieurs à l'exercice 1964, les sociétés ne constitueront plus de dotations au fonds de reconstitution des gisements, telles qu'elles étaient prévues par l'article 64.VII, de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958».

(2) - Ordonnance n.- 65.317 du 30 Décembre 1965, J.O.R.A. du 30 Décembre 1965, p. 1208.

(3) - Bien avant le code pétrolier saharien, l'accord de 1950 conclu entre l'Arabie Séoudite et l'Aramco, l'accord du 3 Février 1952 conclu entre l'Irak et l'Irak Pétroleum Compagny et la loi libyenne de 1955 s'inspirèrent de l'exemple vénézuélien.

(4) - Aux termes de l'article 23 de l'accord d'Alger, «le paragraphe I de l'article 65 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 est modifié comme suit :-a) Pour les exercices 1965, 1966 et 1967, les sociétés visées à l'article 62 sont passibles d'un impôt direct égal à la différence, si elle est positive, entre 53 % du bénéfice imposable défini à l'article 64 et 47 % de la redevance visée à l'article 63. Pour l'exercice 1968, ces pourcentages sont fixés respectivement à 54 % et à 64 % ; pour les exercices suivants à 55 % et à 45 %.

(5) - J.O.R.A. du 30 Décembre 1965, p. 1208.
L'article 6 du protocole Getty fixe aussi un impôt direct de 55 %.

(6) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

(7) - Ordonnance n.- 74.64 du 10 Juin 1974 fixant certaines modalités d'assiette et de recouvrement de l'impôt direct pétrolier, J.O.R.A du 14 Juin 1974, p. 544.

pour 100 par l'ordonnance n.- 74.101 du 15 No vembre 1974 (1), ce taux a été fixé à 85 pour 100, à compter du 1er Janvier 1975, par l'ordonnance n.- 75.12 du 27 Février 1975 (2). Une importante innovation a également été introduite en matière de redevance. Ce qui permet au droit positif algérien de s'aligner sur celui des autres pays de l'O.P.E.P.

§ 2 - LA REDEVANCE -

Avant d'être transformée par la législation récente en un impôt autonome (B), la redevance ne représentait qu'une avance sur l'impôt direct (A).

A) - La redevance, avance sur l'impôt direct -

L'article 63 a du code pétrolier saharien obligeait les entreprises à acquitter une redevance égale à 12,5 pour 100 de la valeur départ champ des hydrocarbures liquides. Mais c'était seulement à la lecture de l'article 65 que la véritable nature de cette redevance apparaissait. On s'apercevait alors qu'elle ne constituait qu'«un plancher d'imposition» (3) Deux situations étaient envisagées : lorsque le montant du bénéfice imposable était supérieur au montant de la redevance, c'était exclusivement la différence entre ces deux montants qui était passible de l'impôt direct ; lorsque le montant de la redevance était supérieur au montant du bénéfice imposable, une somme égale à la moitié de la différence entre ces deux montants pouvait être déduite, en faisant abstraction du déficit éventuel, de l'impôt dû au titre des exercices suivants.

C'est ce système qui fut repris non seulement par l'accord algéro-français, mais également par la convention Getty (4).

Eu égard aux nouvelles modalités de calcul de la redevance pratiquées dans les autres pays de l'OPEP, cette conception, qui était la source d'un manque à gagner appréciable pour l'Algérie, paraissait singulièrement en retrait. Pour supprimer un tel préjudice, il ne restait plus au législateur qu'à transformer la nature de la redevance.

---

(1) - Ordonnance n.- 74.101 du 15 Novembre 1974 portant modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A. du 17 Novembre, p. 967.

(2) - Ordonnance n.- 75.13 du 27 Février 1975 portant modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A. du 4 Mars, p. 226.

(3) - N. MASSOUNABE-PUYANNE, op. cit., p. 19.

(4) - A une petite différence près, l'article 125 du protocole Algéro-Français relatif à l'association coopérative, repris textuellement par l'article 6 du protocole conclu entre l'Algérie et Getty, se ralliait au système initial en disposant : «quel que soit le résultat de l'exercice, le montant de l'impôt ne peut en aucun cas être inférieur au huitième du chiffre d'affaires, valeur départ, pour les hydrocarbures liquides... Au cas où l'exercice est déficitaire, le minimum d'impôt ainsi prévu ne peut être inclus dans le report déficitaire admis en déduction des résultats des exercices suivants». Comme l'écrit un auteur (M. BENCHIKH, op. cit., p. 110)», seule cette dernière prévision marque un progrès par rapport au code pétrolier saharien.

B) - La redevance, impôt autonome -

En modifiant l'article 65 de l'ordonnance du 22 Novembre 1958, l'article 6 de l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 (1) transforme radicalement la nature de la redevance. De simple avance sur l'impôt direct qu'elle était, point à enlever, elle devient en effet un véritable impôt autonome, se cumulant ainsi avec le précédent.

Alors qu'il était maintenu à 12,5 pour 100 par ce dernier texte, son taux a été successivement porté à 14,5, à 16,67 et, enfin, à 20 pour 100 par les ordonnances n.- 74.82 du 26 Août 1974 (2), n.- 74.101 du 15 Novembre 1974 (3) et n.- 75.13 du 27 Février 1975 (4). La charge de cette redevance s'en trouve par ailleurs quelque peu alourdie puisqu'elle est désormais assise non pas sur la valeur départ champ mais sur le prix publié aux ports de chargement ou de livraion (5).

Il est vrai que la société pétrolière qui justifie de difficultés d'importance exceptionnelle, pourra demander une remise partielle de la redevance ; celle-ci pourra lui être accordée par un arrêté du ministère des Finances pris après avis du ministre Chargé des Hydrocarbures (6).

Une fois ses obligations fiscales honorées, l'entreprise étrangère voudra transférer son excédent hors de nos frontières. Quelles sont les facilités que lui offre la réglementation des changes ?

---

(1) - J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

(2) - Ordonnance n.- 74.82 du 26 Août 1974 portant modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, modifiée par l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, J.O.R.A. du 30 Août 1974, p. 746.

(3) - Ordonnance n.- 74.101 du 15 Novembre 1974 portant modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A. du 17 Novembre, p. 967.

(4) - Ordonnance n.- 75.13 du 27 Février 1975 portant modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A du 4 Mars, p. 226.

(5) - cf. Art. 1er a, al. 2, de l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, op. cit., qui modifie l'article 63 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958.

Il convient de préciser que l'alinéa 4 de cette même disposition rappelle que le règlement de la redevance s'effectue en nature ou en espèce, au choix du Ministre chargé des hydrocarbures. Lorsque ce dernier ne fait pas connaître son choix, il est réputé opter pour le versement en espèces.

(6) - V. Art. 63 C, ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 (op. cit.) modifié par l'article 1er de l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, op. cit.

CHAPITRE II-

LES TRANSFERTS DE FONDS

La doctrine considère qu'aucune société étrangère ne consentirait à établir une succursale dans un pays quelconque ou à y fonder une filiale si elle n'était assurée de transférer ses bénéfices d'exploitation et le produit de sa liquidation (1). Cette considération qui, semble-t-il, serait principalement justifiée par des préoccupations de croissance de l'entreprise, dépendante elle-même dans une large mesure de la mobilité de capitaux (2), se vérifie d'autant plus que le territoire d'accueil de l'investissement est celui d'un pays en voie de développement (3).

Mais l'application sans limite d'un principe de liberté risque de s'opposer à la réalisation des objectifs d'industrialisation de cet Etat. Sans parler des conséquences néfastes résultant d'une hémorragie financière (4), un simple «transfert de bénéfices ou de réserves à un moment inopportun peut grandement gêner la politique d'importation de biens d'investissement nécessaires pour l'exécution du plan de développement» (5).

Pour concilier ces deux aspirations antinomiques, notre législation a adopté une solution de compromis : elle organise des transferts de fonds en faveur de la société étrangère opérant dans le cadre du droit pétrolier (Section I) ou du code des investissements (Section II), elle les exclut a priori lorsque cette firme relève du droit commun.

Toute personne morale, qu'elle soit d'allégeance algérienne ou étrangère, qui agit sous l'empire du régime général, se voit soumise aux dispositions de la réglementation des changes dont le texte fondamental est encore constitué par le décret n.- 47.1337 du 15 Juillet 1947 (6).

---

(1) - V. notamment : Ph. Kahn, Rep. Dall. Droit int. priv., V° «Investissement», n.- 49 ; C. THIBIERGE, op. cit., p. 365.

(2) - V. L. DURAND-REVILLE, op. cit. ; p. 248.

(3) - V. Rapport du Comité fiscal de l'O.C.D.E., op. cit.

(4) - «En 1970, 18 milliards de francs C.F.A. avaient fui le Gabon au seul titre des rapatriements de capitaux... (et) un document de l'U.N.C.T.A.D. cite, à propos de la Côte d'Ivoire, une estimation du montant des fonds rapatriés qui s'élève, pour 1970, à 135 millions de dollars» (P. DECRAENE, les «Tiers-Monde», Le Monde, 29 Octobre 1974).

(5) - F. PERROUX ET R. DEMONTS, op. cit., p. 4.

(6) - J.O.R.F. du 20 Juillet 1947, p. 698 ; Dall. 1947, législation, p. 265. Contrairement à ce que semble croire la chambre criminelle de la Cour Suprême (31 Janvier 1967, Rev. Alg. 1968, p. 543), la réglementation des changes a été reconduite par la loi n.- 62.157 du 31 Décembre 1962 (op. cit.) et non par le décret n.- 63.411 du 19 Octobre 1963 (J.O.R.A. du 22 Octobre 1963, p. 1054). Ce texte n'a eu pour objet que d'étendre à tous les pays de la zone franc le décret du 15 Juillet 1947, supprimant ainsi la liberté des transferts dont ils

Cette réglementation est dominée par la distinction qui est faite entre résident et non-résident. Comme c'est uniquement la notion matérielle d'«établissement» que la jurisprudence prend en considération pour opérer ce départ, la société étrangère, même si elle n'exerce son activité que par l'intermédiaire d'une succursale, n'en est pas moins considérée comme résidente (1). Elle se trouve de ce fait non seulement mise dans l'obligation de rapatrier le produit de ses exportations (2), mais elle est également exclue du droit de procéder à tout transfert financier. Cette interdiction absolue est toutefois tempérée par l'existence d'une procédure qui permet, lorsque certaines conditions sont réunies, d'obtenir des dérogations.

En utilisant toute une panoplie de procédés occultes, l'entreprise étrangère installée dans un pays en voie de développement parvient presque toujours en fait à contourner ce contrôle. La méthode la plus couramment usitée consiste à fixer des «prix anormaux dans les transactions avec la société-mère, afin d'accroître le taux de rentabilité réel de l'affaire ou de détourner les interdictions de transferts financiers» (3).

L'article 9 du code des investissements prévoit que : «les entreprises ont le droit de recruter le personnel étranger spécialisé qui leur est nécessaire dans la limite fixée par la décision d'agrément, compte tenu du rythme retenu de la formation et de la promotion des cadres nationaux». Cette relative liberté de recrutement de techniciens étrangers est également reconnue, de façon implicite, à la société qui exerce une activité dans le domaine pétrolier ou dans le cadre du droit commun.

Pour faciliter l'exercer de cette faculté, l'avis n.- 84 du 29 Juillet 1974 du ministre des Finances (4) autorise tous les travailleurs étrangers titulaires d'une carte de travail, autres que ceux exerçant au titre de la coopération technique et culturelle (5) à transférer une partie des salaires et rénumérations qu'ils

---

jouissaient et qui donna lieu à une fuite massive de capitaux.

Le décret du 15 Juillet 1947, qui constitue le texte de base, a été complété par un certain nombre d'avis et notamment par l'avis n.- 5 du 3 Avril 1963 (J.O.R.A. du 14 Mai 1963, p. 479) lequel rend applicable à l'Algérie des avis français proumulgués après notre accession à la souveraineté.

La répression de toute violation à la réglementation des changes est organisée par les articles 44 à 62 de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 portant loi des finances pour 1970 (J.O.R.A du 31 Décembre 1969, p. 1264).

(1) - V.R. PLAISANT, le contrôle des changes, D. 1947, chr. p. 173 ; C. THIBIERGE, op. cit., p. 365.

(2) - V. avis n.- 69 du 18 Mars 1971 du Ministère des Finances relatif aux délais de rapatriement du produit des exportations.

(3) - L. DURAND - REVILLE, op. cit., p. 194.

(4) - J.O.R.A. du 17 Septembre 1974, p. 803.

(5) - V. avis n.- 83 du 15 Juillet 1974 du Ministre des Finances relatif au transfert des salaires et rénumérations perçus par les coopérants techniques étrangers, J.O.R.A. du 6 Septembre 1974, p. 771.

perçoivent en Algérie (1).

SECTION I
LES TRANSFERTS DE FONDS ET LE DROIT PETROLIER

La localisation dans tous les pays producteurs d'hydrocarbures des flux financiers résultant de l'exploitation de cette importante richesse naturelle est considérée comme une condition sine qua non de tout développement économique (2).

Mais le code pétrolier saharien, tel qu'il a été reconduit, s'opposait manifestement à la réalisation de ce facteur préalable. Ses dispositions tendaient plutôt à situer en France la quasi-totalité des produits des ventes effectuées par les entreprises concessionnaires. Un e distinction y était faite selon qu'il s'agissait d'une société française ou d'une société non française. La première avait le droit de transférer vers le pays de la zone franc où se trouvait son siège social, c'est-à-dire obligatoirement en France (3) les «dividendes et produits de toute nature ainsi que le produit de la liquidation ou de la réalisation de ses investissements» (4). La seconde, qui n'était vraiment que l'exception, transférait librement vers le pays de son domicile ses dividentes ; et ce, dans la devise apportée au moment de l'investissement et après vérification par l'office des changes (5). Le transfert du produit de la liquidation ne pouvait, en revanche, se faire que dans les conditions définies par ce dernier organisme (6).

Pour endiguer cette hémorragie financière, la puissance publique, sans supprimer de façon radicale le droit au transfert instauré par le code pétrolier saharien, se devait néanmoins de réduire sa portée. Par l'instruction n.- 1 H C d u 1er Août 1964 (7), elle faisait obligation à tous les exportateurs d'hydrocarbures, en l'occurence aux compagnies étrangères, de rapatrier en Algérie au moins 50 pour cent du produit de leurs exportations. Ces sociétés pouvaient

---

(1) - Les travailleurs de nationalité étrangère liés par un contrat à des entreprises socialistes et à des sociétés mixtes dont le capital appartient à concurrence de 50 % au minimum à l'Etat ou à un organisme public bénéficient d'un transfert dont le montant est fixé à :
– 55 % au plus de leur rénumération nette pour les célibataires ou personnes mariées ayant leur famille en Algérie ;
– 75 % pour les personnes dont le conjoint n'est pas établi en Algérie ;
– 85 % pour les personnes exerçant dans les secteurs des hydrocarbures et des mines, sur des chantiers situés dans le Sud de l'Algérie.
Les autres travailleurs bénéficent d'un transfert dont le montant est fixé à :
– 35 % au plus de leur rénumération nette pour les célibataires ou personnes mariées ayant leur famille en Algérie ;
– 55 % pour les personnes dont la famille n'est pas établie en Algérie.

(2) - cf. C. BETTELHEIM, Planification et croissance accélérée, éd. Maspéro, Paris, 1967, p. 35 et s.

(3) - cf. Supra, p. 48.

(4) - Art. 76, al. 1, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(5) - Art. 76, al. 2, Ibid.

(6) - Art. 76, al. 3, Ibid.

(7) - A l'exception d'une seule, toutes ces instructions, qui émanent du Ministère des Finances, n'ont pas fait l'objet d'une publication.

par ailleurs solliciter de la Banque Centrale une autorisation de transférer la moitié du montant des recettes afférantes aux ventes qu'elles réalisaient à l'intérieur du territoire national (1).

L'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 allait être à l'origine d'une amélioration sensible. En représentation des bénéfices et des frais de siège, les sociétés pétrolières pouvaient conserver par provision, hors d'Algérie, 25 pour 100 de leur chiffre d'affaires (2). Ce plafond ne devait cependant être atteint qu'à l'issue d'une période transitoire de trois années (3).

L'article 13 du protocole conclu le 19 Octobre 1968 entre l'Etat et la Compagnie Getty reprenait d'emblée le même pourcentage. Il prévoyait en outre que la société américaine devait procéder au rapatriement de la fraction de son chiffre d'affaires préalablement à tout enlèvement d'hydrocarbures au point de chargement.

En même temps qu'elles faisaient l'objet d'une nationalisation partielle (4), les sociétés françaises se voyaient obligées de rapatrier en Algérie, non plus 75 pour 100, mais 75,5 pour 100 de leur chiffre d'affaires (5).

Deux mois plus tard, on leur imposait le rapatriement de l'intégralité du produit de leurs exportations d'hydrocarbures, tout en les faisant bénéficier, et de plein droit, de l'ouverture d'un compte «dinars convertibles» (6). Ce compte était crédité de 24,50 pour 100 de leur chiffre d'affaires réalisé à l'exportation ; moyennant une autorisation de la Banque Centrale, il pouvait également être crédité d'un pourcentage équivalent afférent au produit de leurs ventes intérieures.

Les protocoles conclus par l'Etat avec, respectivement, la C.F.P. (8) et le groupe E.R.A.P. (7) mettent fin à toutes les précédentes mesures restrictives et instituent au profit des sociétés françaises un nouveau régime en matière de rapatriement (§ 1).

L'avenant au protocole du 19 Octobre 1968 (9) modifie quant à lui le statut particulier de la compagnie Getty (§ 2).

§ 1 - LE REGIME DE RAPATRIEMENT APPLICABLE AUX SOCIETES FRANÇAISES -

L'article 1.1 a du protocole conclu entre l'Algérie et la C.F.P. prévoit que

---

(1) - V. Instruction n.- 2 H C du 18 Janvier 1965.
(2) - V. Art. 144 du protocole relatif à l'Association Coopérative.
(3) - V. Art. 145, Ibid ; V. également : Instruction n.- 4 HC du 21 Décembre 1967.
(4) - cf. Supra, p. 125 et s.
(5) - Instruction n.- 6 HC du 24 Février 1971.
(6) - Instruction n.- 9 HC du 9 Avril 1971, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 372.
(7) - cf. Supra, p. 149.
(8) - cf. Supra, p. 149.
(9) - V. Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972 portant approbation des avenants du 27 Mai 1972 au contrat d'association avec la société Getty, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090.

«pour faire face à ses obligations découlant de la législation en vigueur, Total Algérie s'engage à situer en Algérie, au titre de ses enlèvements de pétrole brut au port de chargement, les montants nécessaires pour couvrir l'ensemble de ses obligations» (1).

L'appréciation du volume des fonds indispensables pour acquitter ces charges relève de la compétence exclusive de l'administration. C'est elle qui procèdera à la détermination du montant à rapatrier à la fin de chaque exercice et pour l'exercice suivant (2). C'est ainsi que les sociétés françaises devaient situer en Algérie, et au titre des exercices 1971 et 1972, 2,75 dollars des Etats-Unis d'Amérique par baril de pétrole brut enlevé à Arzew et à Béjaïa (3) et 2,465 dollars par baril enlevé à la frontière algéro-tunisienne (4).

Ces chiffres paraissent dérisoires dans l'état actuel du marché pétrolier.

Bien que nous n'ayons pas encore eu connaissance du plafond minimum établi pour l'année 1973, il y a fort à parier que l'administration n'a pas pu prévoir la reprise du conflit du Moyen-Orient, l'utilisation du pétrole comme arme politique et le bouleversement des prix qui en est résulté (5). Le risque que court l'Algérie de voir le taux de rapatriement baisser considérablement à la suite d'une montée subite des prix paraît assez faible. En effet, comme le poids de la fiscalité - qui représente la plus lourde charge - augmentera parallèlement et que les sociétés pétrolières auront davantage besoin de fonds pour l'acquitter, elles seront donc mises dans l'obligation de rapatrier une somme supérieur à celle fixée par l'autorité compétente. D'autant plus qu'elles ne peuvent utiliser d'autres dinars que ceux provenant de certaines sources (6).

---

(1) - Il précise que les dites obligations doivent notamment représenter : «-le coût de production, correction faite des résultats des activités accessoires et à l'exclusion de tout amortissement ;
– les charges de transport et éventuellement de stockage supplémentaire au terminal ;
– la redevance due au titre de la production ;
– l'impôt pétrolier payable au cours de l'exercice ;
– le montant total des investissements effectués par Total Algérie..;
– toutes les autres charges dues au titre des enlèvements».
Ces termes ont été repris par l'instruction n.- 10 HC du 6 Juillet 1971 puis par l'article 1-1a du protocole signé entre l'Etat et ERAP.

(2) - V. Art. 1.16, protocole Algérie-CFP ; Art. 1.2, protocole Algérie-ERAP.

(3) - V. Art. 1.1c, protocole Algérie-CFP.

(4) - V. Art. 1.2, protocole Algérie-ERAP.

(5) - cf. Supra, p. 215 et s.

(6) - L'article 1-5 du protocole Algérie-CFP stipule que : Total-Algérie s'engage à ne pas utiliser des dinars algériens autres que :
– ceux dégagés par les rapatriements qu'elle effectue comme il est prévu au présent article I ;
– ceux provenant d'emprunts ou d'autres ressources que Total Algérie obtiendraient auprès de banque ou autres organismes algériens officiels ;
– ceux provenant de recouvrements de toute nature au titre de sommes ayant trouvé leur origine dans un quelconque rapatriement par Total-Algérie ;
– ceux provenant des livraisons destinées au marché intérieur en Algérie. L'article 1.6 du protocole Algérie-ERAP fait assumer à Elf-Algérie exactement le même engagement.

Quels que soient ses résultats, ce système n'a de toute façon pas été étendu à la société Getty.

§ 2 - LE REGIME DE RAPATRIEMENT APPLICABLE A LA SOCIETE GETTY -

Au titre de chaque baril de pétrole brut enlevé, la société Getty devra, aux termes de l'article 13 du protocole modifié par l'article 6 de l'avenant du 27 Mai 1972 (1), situer en Algérie, et en dollars des Etats-Unis d'Amérique, un montant égal à 55 pour 100 du prix publié. Elle est en outre autorisée à transférer hors d'Algérie 45 pour 100 des ventes qu'elle réalise à l'intérieur du pays. Ce régime lui est applicable jusqu'à la fin de l'année 1975.

Malgré le fléchissement de ce taux de rapatriement par rapport à celui qui était initialement prévu (2), l'Algérie est le seul pays exportateur d'hydrocarbures qui fait obligation à la société étrangère de situer sur place une partie aussi importante de ses recettes d'exportations (3).

L'entreprise étrangère agréée selon les dispositions du code des investissements est soumise à un régime différent.

SECTION II
LES TRANSFERTS DE FONDS ET LE CODE DES INVESTISSEMENTS

En dehors des avantages fiscaux qu'il lui confère (4), le code des investissements, dans certaines conditions (§ 1), garantit à la société étrangère différents transferts (§ 2), afin de l'inciter davantage à investir sur notre territoire.

Il importe de remarquer au préalable que l'entreprise qui agit dans ce cadre est astreinte, à l'instar de celle qui opère conformément aux dispositions du droit commun, à l'obligation de rapatrier le produit de ses exportations (5).

§ 1 - LES CONDITIONS COMMUNES A TOUS LES TRANSFERTS -

Les transferts financiers qui sont exclusivement attachés à la qualité d'étranger (A) sont, en outre, subordonnés à une importation de capitaux en Algérie (B) et à une autorisation de la Banque Centrale (C).

---

(1) - cf. Supra, p. 228 note 9.

(2) - cf. Supra, p. 227.

(3) - C'est ainsi par exemple que dans le cadre de l'accord de Tripoli (op. cit.) les compagnies opérant en Libye s'étaient au début montrées réfractaires au principe même du rapatriement. Les deux parties sont finalement parvenues à un compromis en vertu duquel les sociétés concessionnaires ont accepté de rapatrier et d'investir dans leurs activités de recherche en Libye un montant dérisoire ne dépassant pas en moyenne 2 cents par baril exporté» (PGA n.- 56 du 16 Juillet 1971, p. 26).

(4) - cf. Supra, p. 206 et s.

(5) - cf. Supra, p. 226.

A) - Les transferts financiers sont attachés à la qualité d'étranger -

Comme on l'a montré (1), c'est uniquement en se fondant sur le critère du contrôle que le code des investissements détermine l'allégeance étrangère de la société en vue de la faire bénéficier, à l'exclusion de la société d'allégeance algérienne, des droits à transferts (2). Lorsqu'il s'agit d'une entreprise mixte, seuls les actionnaires ne jouissant ps de notre nationalité peuvent, par conséquent, prétendre à ce régime de faveur (3).

Mais si cette qualité d'étranger est nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante.

B) - Les transferts financiers sont subordonnés à une importation de capitaux -

Ce n'est pas n'importe quel investissement de la société étrangère qui l'autorise à transférer des devises hors de nos frontières. C'est seulement celui qui a été réalisé avec des capitaux importés en Algérie qui est générateur d'un tel avantage. Ce qui implique qu'elle ne pourra en aucune façon y prétendre, si elle n'a investi sur notre territoire qu'en utilisant de la monnaie locale (4).

C) - Les transferts financiers sont subordonnés à une autorisation de la Banque Centrale -

Po ur que la personne morale étrangère ayant procédé à un investissement grâce à des capitaux importés puisse mettre en œu vre ses droits à transfert, il lui faut, enfin, obtenir, selon les dispositions de l'article 13 du code des investissements, une autorisation préalable ; laquelle lui sera délivrée par la Banque Centrale sur simple vérification du respect des conditions prescrites.

En vue de mettre en application ce principe, deux arrêtés du 20 Juillet 1970 (5) relatifs au transfert des bénéfices et au transfert du produit de la liquidation de l'investissement organisent la procédure selon laquelle doivent être présentées les demandes de transfert, et énumèrent toutes les pièces justificatives qui doivent y être jointes.

§ 2 - LES DIFFERENTS TRANSFERTS -

---

(1) - cf. Supra, p. 106.

(2) - V. Art. 8 et 11, code des investissements, op. cit.

(3) - Par contre, toute entreprise entièrement contrôlée par des nationaux relève de la reglementation des changes (cf. Supra, pp. 225 et 226.

(4) - V. Art. 8 et 11, code des investissements, op. cit. ; Art. 2 de l'arrêté du 20 Juillet 1970 relatif au transfert des bénéfices provenant des capitaux investis en Algérie par des personnes de nationalité étrangère, dans le cadre du code des investissements, J.O.R.A. du 28 Août 1970, p. 843 ; Art. 2, al. 4 de l'arrêté du 20 Juillet 1970 relatif au transfert du produit de la liquidation des investissements réalisés dans le cadre du code des investissements, J.O.R.A. du 1er Septembre 1970, p. 857

(5) - cf. Supra, p. 231 note 5.

Dans la mesure où elle remplit toutes les conditions imposées par le législateur, la firme étrangère bénéficie de plein droit de certains transferts (A). Elle peut en plus se voir autorisée à en effectuer d'autres (B).

A) - Les transferts reconnus de plein droit -

En dehors de ceux qui découlent d'une éventuelle nationalisation ou d'une liquidation de l'entreprise (1), la société étrangère se voit garantir un transfert annuel des bénéfices et un transfert du produit de la cession de ses parts ou de ses actions. Ce qui implique que l'aptitude à y recourir lui est acquise dès lors qu'elle fait l'objet d'une procédure d'agrément et que la compétence de l'administration est liée.

1/ - Le transfert annuel des bénéfices -

Tout investissement étranger correspondant à une importation effective de capitaux est garanti du «transfert de la partie distribuée des bénéfices annuels nets de l'entreprise établis après déduction des amortissements ou provisions nécessaires et compte tenu de l'importance de son endettement» (2).

Le législateur a cependant pris soin d'imposer des limites raisonnables à l'exerce de ce droit. Il édicte, d'une part, que ces transferts doivent être effectués à destination du pays de résidence de l'investisseur (3) et dans la devise apportée au moment de la constitution de l'investissement. Mais compte tenu des disponibilités, une autre devise pourra lui être substituée (4). Il prévoit, d'autre part, que la sortie des bénéfices réalisés ne peut en aucune façon excéder annuellement 15 pour 100 du montant des participations étrangères (5).

La fixation d'un tel plafond constitue indirectement une incitation faite à la firme étrangère de réinvestir sur place une partie de ses bénéfices. Et c'est en vertu de cette même idée que les profits normalement transférables qui ont été réinvestis, sont considérés comme une importation de capitaux (6) et pourront, avec l'autorisation de la Banque Centrale, se reporter sur les transferts de l'année suivante (7) L'entreprise étrangère devrait être sensible à cette incitation qui est en harmonie avec le procédé de l'autofinanement - et donc du

---

(1) - cf. Infra, p. 257.

(2) - Art. 11.1, code des investissements, op. cit.

(3) - Pour permettre à l'entreprise étrangère d'avoir la jouissance des différents transferts de fonds, le code des investissements, comme on le voit, ne se réfère pas au critère adopté par la jurisprudence administrative en matière de réglementation des changes afin de distinguer le «résident et le non-résident» (cf. Supra, pp. 345 et 346).

(4) - V. Art. 5, alinéa 4, arrêté du 20 Juillet 1970 relatif au transfert des bénéfices, op. cit.

(5) - V. Art. 11.1, alinéa 3, code des investissements ; Art. 2, al. 3, arrêté du 20 Juillet 1970, op. cit.

(6) - V. Art. 11.1, al. 4, code des investissements.

(7) - V. Art. 4, al. 2, arrêté du 20 Juillet 1970 ; V. Annexe III.

réinvestissement - auquel elle fait, en général, appel pour financer son développement. Mais dès lors que l'activité considérée s'exerce dans un pays en voie de développement, il n'est nullement besoin d'être prophète pour prédire qu'à «défaut de mesure obligatoire de remploi, les capitaux ainsi bloqués auront tendance à rester sous une forme aussi liquide que possible en attendant la première occasion de fuite» (1).

2/ - Le transfert du produit de la cession de parts ou d'actions -

Bien qu'encourageant le réinvestissement des bénéfices, le législateur offre quand même à la société étrangère la possibilité de procéder, si elle le désire, à un désinvestissement. Il lui garantit le transfert du produit de la cession des parts ou actions représentatives du capital. En plus des conditions communes à tous les transferts (2), l'article 11.2 du code des investissements exige que l'acquéreur soit une personne physique de nationalité algérienne ou une personne morale sous contrôle algérien (3). Dans les autres cas, il suffit que la cession soit autorisée par la Banque Centrale (4). C'est dire que le transfert n'aura qu'un caractère facultatif.

B) - Les transferts facultatifs -

En plus de ceux qui lui sont accordés d'office, l'entreprise étrangère peut se voir reconnaître, par l'arrêté d'agrément, «le transfert des redevances sur brevet, et d'assistance technique ainsi que les montants nécessaires au service financier d'emprunts contactés à l'étranger».

Pour conférer ces facilités supplémentaires, il est à prévoir que c'est essentiellement l'opportunité et les avantages escomptés de l'investissement pour l'économie nationale qui guideront l'attitude de l'administration.

Le pouvoir d'appréciation de l'administration est moins étendu en matière de circulation de titres.

---

(1) - L. DURAND-REVILLE, op. cit., p. 248. Mais pour justifier, malgré tout, ce comportement extraterritorial, cet auteur écrit (V. op. cit. p. 220) : «le mécanisme traditionnel selon lequel le captial investi peut s'accroître indéfiniment par le processus de l'autofinancement ne risque-t-il pas dans le cas des pays sous-développés à conserver les économies nationales en des mains étrangères ? A long terme, la tentation ne risque-t-elle pas de devenir irrésistible pour le pouvoir de confisquer brutalement ce corps étranger...? ».

(2) - cf. Supra, p. 231 et s.

(3) - V. également : Art. 2, alinéa 2, arrêté du 20 Juillet 1970 relatif au transfert du produit de la liquidation des investissements, V. Annexe IV.

(4) - cf. Infra, pp. 230 et 231.

CHAPITRE III-

LA TRANSMISSION DES TITRES ET LA PRISE DE PARTICIPATION

Une société étrangère ne consentirait certainement pas à investir des capitaux dans un quelconque pays, et à plus forte raison dans un pays en voie de développement, si elle n'était pas assurée de pouvoir se dégager, complètement ou partiellement, à n'importe quel moment.

C'est sans doute pourquoi le droit positif lui permet de mettre un terme à son activité (1) o u de vendre, sous certaines conditions, les actions ou les parts d'intérêts qu'elle détient.

A l'opposé, cette même personne morale dispose-t-elle du droit de prendre une participation dans le capital d'une autre société ? Autrement dit, peut-elle investir à l'intérieur de nos frontières non pas en constituant sa propre filiale, mais en achetant des titres émis par une entreprise, notamment d'allégeance algérienne ?

Bien qu'elle soit soumise à quelques restrictions, rien ne semble là aussi s'opposer à la réalisation d'une telle opération.

Cette réponse affirmative ne concerne cependant que la firme qui exerce une activité soit sous l'empire du droit commun, soit sous l'empire du code des investissements.

Quand il s'agit d'une société qui agit dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides au sein d'une association avec la Sonatrach, tout semble indiquer que c'est plutôt la solution inverse qui prévaut. L'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 garde un mutisme total sur la question de savoir si une compagnie pétrolière peut céder les titres représentant sa participation au capital de la société mixte (2), ou si, en plus de la possession de 49 pour 100 de ce dernier, elle est autorisée à acquérir, à n'importe quel moment, d'autres actions. Et les règles contenues dans le code pétrolier saharien sont trop étroitement liés à la qualité de concessionnaire pour ne pas être considérées comme étant implicitement abrogées (3). Devant cette absence de disposition législative, on serait a priori tenté d'interroger les conventions d'établissement. Or, si tous les accords conclus prennent soin d'organiser une

---

(1) - cf. Infra, p. 257 et s.

(2) - cf. Supra, p. 147 et s.

(3) - C'est ainsi que l'article C 6 de la convention type du 16 Septembre 1961 (op. cit.) obligeait toute compagnie concessionnaire à porter à la connaissance de l'Algérie, «deux

éventuelle transmission à la Sonatrach de tous les intérêts détenus par son partenaire étranger dans l'association mixte (1), aucun ne permet, en revanche, à celui-ci d'acquérir de nouvelles participations ou de céder ses titres à une personne autre qu'à l'entreprise publique.

Cela dit, les principes édictés par le droit commun, dont le champ d'application n'exclut que les sociétés pétrolières, nous obligent à nous demander selon quel mode est susceptible de s'effectuer une transmission de titres. Comme le laisse supposer la terminologie employée, la cession constitue le seul procédé technique (Section I). En plus du contrôle qu'il exerce ainsi indirectement, le législateur soumet la personne morale étrangère qui veut céder ses actions ou ses parts sociales, ou qui souhaite prendre une participation, à une autorisation administrative (Section II).

SECTION I
LA CESSION CONSTITUE LE SEUL MODE DE TRANSMISSION DE TITRES

En contrepartie de sa participation au capital d'une société de personnes, l'associé reçoit des parts sociales ou des parts d'intérêts (2). Lorsqu'il investit dans une société de capitaux, ce sont alors des actions qui lui sont remises (3).

De cette dualité dans la forme juridique des droits d'associé résulte une différence essentielle quant à leur régime de transmission.

Pour transmettre des parts d'intérêt, la cession, qui est régie par l'article 1690 du code civil, constitue toujours le seul procédé utilisable.

En revanche, bien qu'ayant la possibilité de recourir à cette technique de droit commun, l'un des principaux privilèges de l'actionnaire réside en ce qu'il peut, en principe, se dessaisir de ses titres de façon plus rapide et moins onéreuse en utilisant l'un des modes de négociation : la tradition, le transfert ou

---

mois avant son exécution, tout projet susceptible de modifier un élément caractéristique du contrôle de l'entreprise titulaire ou associé».

Une fois informée, l'administration pouvait soit autoriser l'opération envisagée, soit notifier à la société intéressée qu'elle est incompatible avec le maintien de son titre minier. Et si cette dernière refusait de se conformer à ces observations, l'article 38 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 et l'article C 18 de la convention type précitée permettaient alors à la puissance publique de retirer le titre de concession à son titulaire. C'est justement cette procédure que s'est vue appliquer la société américaine SINCLAIR parce qu'elle voulait réaliser une opération de fusion-absorption malgré l'avis contraire du gouvernement algérien (cf. Décret n.- 69.50 du 25 Avril 1969, J.O.R.A. du 29 Avril 1969, p. 315).

(1) - cf. Art. VIII, Accord Sonatrach-CFP relatif à l'association ALREP ; Art. VIII, accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association sur la surface de Berkaoui Ben Kahla ; Art. VII, Accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association REPAL ; Art. XII, Accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association Sonatrach-Elf Algérie ; Art. 36 Bis, protocole Algérie-Getty, ajouté par l'article 9 de l'avenant du 27 Mai 1972.

(2) - cf. C. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit. p. 444 et s.

(3) - cf. Ibid. p. 531 et s.

l'endossement (1).

Or, par suite de dispositions législatives promulguées récemment, l'actionnaire est désormais obligé de passer par la voie de la cession, tout comme un détenteur de parts d'intérêt. Ceci nous incite à croire que les modes de négociation sont implicitement abrogés (§ 1) et nous conduira nécessairement à en déduire l'abrogation des actions au porteur (§ 2).

§ 1 - L'ABROGATION IMPLICITE DES MODES DE NEGOCIATIONS DES ACTIONS -

Conformément à l'article 40 de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 (2) et à l'article 2 du décret n.- 72.32 du 21 Janvier 1972 (3), «toutes cessions de parts ou d'actions», qui doivent être effectuées par une personne physique ou morale étrangère, sont soumises à une autorisation préalable.

L'utilisation de cette notion de «cession» nous oblige à nous interroger sur l'interprétation qu'il convient de réserver à cette terminologie. Autrement dit, faut-il considérer cette expression dans son acceptation strictement technique, c'est-à-dire comme un renvoi au seul mode de transmission de droit commun, et en déduire par là même, a contrario, l'abrogation implicite des procédés de négociation ? Ou bien l'appréhender dans son sens le plus large, c'est-à-dire la considérer comme un terme synonyme de «vente» ?

A priori, un facteur semble plaider en faveur de cette dernière interprétation : le décret précité inclut dans ses prévisions non seulement la «cession» d'actions ou de parts, mais aussi la «cession» d'immeuble. Ce qui pourrait laisser supposer que le rédacteur du texte ne pensait qu'à la vente en englobant dans la même formulation deux opérations juridiquement distinctes. Cette absence de nuance s'expliquerait alors beaucoup plus par une défectuosité de la rédaction que par une volonté délibérée de remettre en cause le système particulier de transmission des actions.

Bien qu'elle paraisse séduisante, cette analyse est contredite par l'interférence d'une autre disposition : l'article 12 de l'ordonnance n.- 70.91 du 15 Décembre 1970 portant organisation du notariat (4) confirme la première hypothèse en édictant que «les cessions d'actions ou de parts de sociétés...

---

(1) - Il ne pouvait être fait appel au moyen de la tradition que lorsqu'il s'agissait d'actions au porteur. Celles-ci se transmettaient alors avec le titre qui les constatait, manuellement, comme un simple meuble corporel. Les actions nominatives nécessitaient, en revanche, l'utilisation de la technique du transfert, consistant en une simple substitution du nom de l'acquéreur au nom du vendeur sur le registre de la société émettrice (cf. notamment : L.J. DE LA MORANDIERE, R. RODIERE ET R. HOUIN, droit commercial, Dall. 3ème éd., t. 1, p. 498).

(2) - Ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 portant loi de finances pour 1970, J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.

(3) - Décret n.- 72.32 du 21 Janvier 1972, J.O.R.A. du 28 Janvier 1972, p. 117 ; modifié par le décret n.- 72.132 du 7 Juin 1972, J.O.R.A. du 20 Juin 1972, p. 600.

(4) - J.O.R.A. du 25 Décembre 1970, p. 1238.

doivent, à peine de nullité, être dressées en la forme authentique».

Par cette exigence, le législateur supprime donc toute équivoque quant au recours à la cession en tant que moyen exclusif de transmission de titres. Car au-delà de l'emploi réitéré du même mot, la forme solennelle prescrite est absolument incompatible avec le maintien des modes de négociation. En tant que condition de validité de toute vente d'actions, l'acte authentique ne fait ni plus ni moins qu'ôter tout intérêt aux techniques juridiques de la tradition, du transfert et de l'endossement ; lesquelles, par la souplesse de la procédure qu'elles instauraient, permettaient une circulation rapide des actions.

Cette obligation d'emprunter la voie notariée va également influer indirectement sur la forme des titres susceptibles d'être émis par une société anonyme.

§ 2 - L'ABROGATION IMPLICITE DES ACTIONS AU PORTEUR -

Pour que l'administration puisse faire respecter l'application des prescriptions précitées, notamment celles qui subordonnent à son agrément toute cession d'actions réalisée par une société étrangère (1), il faudrait d'abord que les actions considérées fussent nominatives. Dans le cas de transmission d'actions au porteur, on ne voit pas comment elle pourrait exercer son pouvoir de contrôle, puisque, par l'utilisation de la tradition, celles-ci circulent comme un meuble corporel (2).

Pour aplanir cet obstacle, deux alternatives doivent être envisagées.

On pourrait, à première vue, être incité à restreindre le champ d'application des dites dispositions législatives en considérant que les exigences qui en découlent ne s'imposeraient qu'en matière de cession d'actions nominatives. A supposer même que l'on fasse abstraction du caractère compréhensif de ces textes, admettre une telle interprétation reviendrait à offrir à la société qui a décidé de désinvestir la possibilité de contourner aisément la loi : pour échapper à la demande d'autorisation préalable et à l'obligation d'utiliser la voie notariée, il suffirait simplement à la personne morale étrangère de transformer ses titres nominatifs en titres au porteur avant de les céder.

Soutenir une abrogation implicite des textes instituant les actions au porteur (3) paraît plus conforme à l'esprit de la nouvelle législation. En plus de l'impossibilité de concilier les règles en présence, cette opinion est indirectement corroborée par l'article 41 de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 (4). Toute entreprise ayant fait l'objet d'un agrément, doit solliciter, dispose-t-il, une autorisation préalable du Ministre des Finances «pour toute modification intervenue dans la liste des actionnaires». Pour qu'elle puisse se rendre compte qu'aucun changement n'a eu lieu en dehors de son consentement, l'administration doit disposer d'une liste constamment tenue à jour. Or

(1) - cf. Infra, p. 238 et s.

(2) - cf. Supra, p. 235.

(3) - Pour leur analyse, V. G. RIPERT ET R. ROBLOT, op. cit., p. 531 et s.

(4) - J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.

cette tâche n'est réalisable que si les actions émises n'empruntent jamais la forme au porteur.

D'autant plus que la volonté de l'Algérie d'exercer une surveillance sur l'activité de la société étrangère suppose une mise à l'écart de ce genre de titre.

SECTION II
LA CESSION DES TITRES ET LA PRISE DE PARTICIPATION SONT SOUMISES A UNE AUTORISATION ADMINISTRATIVE

§ 1 - LA CESSION DE TITRES ET L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE -

Les actes portant cession d'actions, de parts de fondateurs ou de parts d'intérêt sont, aux termes de l'article 363 du code de l'enregistrement, assujettis à un droit de 10 pour 100 (1).

En dehors de cette obligation fiscale d'application générale, le législateur, qui tient tout particulièrement à contrôler la circulation de certains titres, impose à toute société étrangère désirant céder ses actions ou ses parts sociales l'obligation de solliciter une autorisation. Mais si l'exigence de cette formalité ne souffre aucune équivoque, une difficulté surgit, en revanche, en ce qui concerne l'organe compétent pour la conférer (A). Une fois ce problème résolu, il ne nous restera plus qu'à nous interroger sur la portée de cette compétence (B).

A) - L'organe compétent pour conférer l'autorisation de cession de titres -

Cette difficulté relative à la détermination de l'organe compétent pour donner cette autorisation trouve son origine dans la divergeance résultant des dispositions de deux textes. Alors que l'article 40 de l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 (2) subordonne toute transmission de titres envisagée par une personne morale d'allégeance étrangère à un agrément de la Commission Nationale des Investissements (3), le décret n.- 72.32 du 21 Janvier 1972 (4), modifié par le décret n.- 72.132 du 7 Ju in 1972 (5), attribue cette compétence au Ministère des Finances (Direction des Finances Extérieures).

De ces deux lois contradictoires, et recouvrant le même domaine d'application, laquelle convient-il de faire prévaloir ?

Si l'on s'en tenait à la méthode de raisonnement classique, la solution s'imposerait de façon immédiate : partant du principe de la hiéarchie des textes qui caractérise tout ordonnancement juridique, on devrait donner la préférence à la commission nationale des investissements ; car à l'opposé de celui qui

---

(1) - Pour la liquidation de ce droit, cf. Art. 42 du code de l'enregistrement.
(2) - J.O.R.A. du 31 Décembre 1969, p. 1262.
(3) - Sur cette commission, V. Supra, p. 183 et s.
(4) - J.O.R.A. du 28 Janvier 1972, p. 117.
(5) - J.O.R.A. du 20 Juin 1972, p. 600.

désigne le Ministère des Finances, et qui est réglementaire, c'est un acte de nature législative qui constitue son fondement.

En dépit de l'atteinte qu'elles portent à ce principe (1), on est obligé de convenir que ce sont les dispositions du décret du 21 Janvier 1972 qui doivent être prises en considération. Deux raisons au moins nous incitent à admettre que l'autorisation de cession de titres relève des attributions du Ministère des Finances, plutôt que de celles de la Commission Nationale des Investissements.

Logiquement, l'organe le plus apte à autoriser une modification touchant les associés doit être celui qui est déjà intervenu pour agréer la société. Or, en matière d'agrément, le rôle de la Commission des Investissements se réduit à l'émission d'un simple avis (2). Le pouvoir de décision est exercé par le ministère technique intéressé et par le Ministère des Finances (3).

Par ailleurs, même si le procédé consistant à réparer, indirectement une erreur matérielle faite par une ordonnance, par une simple instruction est contestable, il n'en demeure pas moins que celle qui définit les modalités d'application du décret du 21 Janvier 1972 confirme la compétence de ce dernier ministère ; puisqu'elle dispense de l'autorisation prévue par ce dernier décret, modifié par celui du 7 Juin 1972, «les transactions sur valeurs mobilières ou parts sociales réalisées par des personnes morales étrangères, ayant déjà fait l'objet d'une autorisation du ministère des Finances au titre des articles 40 et 41 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969» (4).

B) - La portée de la compétence administrative en matière d'autorisation de cession de titres -

A l'opposé du principe qui prévaut au moment de l'établissement de la société étrangère (5), le pouvoir conféré à l'administration des finances en matière de cession de titres n'a rien de discrétionnaire. La faculté que possède tout investisseur de vendre ses actions ou ses parts sociales s'identifie par trop à l'essence même des droits fondamentaux de l'associé pour être supprimée ou soumise à la libre appréciation de la puissance publique. D'autant plus que c'est surtout la volonté de connaître à tout moment l'identité de ceux qui agissent sous le couvert d'une personnalité morale qui semble justifier ce contrôle.

Cette explication vaut également en matière de prise de participation.

§ 2 - LA PRISE DE PARTICIPATION ET L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE -

La société étrangère est astreinte à un agrément préalable du Ministère des

---

(1) - Il ne semble pas que cette atteinte soit délibérée ; elle s'explique vraisemblablement par le fait que les rédacteurs du décret du 21 Janvier 1972 ignoraient l'existence de l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969.

(2) - cf. Art. 23, code des investissements, op. cit.

(3) - cf. Supra, p. 183 et s.

(4) - Pour le texte de cette instruction, cf. El-Moudjahid du 29 Juillet 1972.

(5) - cf. Supra, p. 125 et s.

Finances non seulement lorsqu'elle décide de céder ses actions ou ses parts sociales, mais aussi lorsqu'elle se présente en tant que cessionnaire.

Le problème se pose, cependant, de savoir dans quelle hypothèse cette autorisation est requise. Car tout comme en matière de désignation de l'organe compétent pour la conférer (1), une contradiction flagrante oppose les textes qui lui servent de fondements.

L'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 (2) ne l'impose à la personne morale étrangère que si elle envisage de réaliser une opération susceptible de lui faire acquérir «un pouvoir déterminant dans la direction ou la gestion de l'entreprise installée sur le territoire algérien».

Plus catégorique, l'article 2, du décret du 21 Janvier 1972 (3) l'exige, en revanche, pour «toutes acquisitions... de valeurs mobilières ou de parts sociales algériennes ou étrangères».

Devant un tel conflit de lois, le principe de la hiéarchie des textes nous commande de plaider en faveur de l'application des seules dispositions de l'ordonnance ; du moins, tant qu'elles n'auront pas valablement fait l'objet d'une modification. Certaines raisons nous incitent toutefois à penser que la pratique administrative aura plutôt tendance à se rallier à la solution inverse : d'une part, parce que le texte réglementaire permet un contrôle plus efficace des prises de participation effectuées par les investisseurs étrangers ; d'autre part, parce qu'il sera très difficile de déterminer exactement le seuil au-dessus duquel une acquisition d'actions aura pour effet d'attribuer à la société étrangère «un pouvoir déterminant dans la direction» (4) et d'être subordonnée par là même au consentement du ministère des Finances ; enfin, parce qu'il serait illogique, et dangereux, de la soumettre à cette formalité lorsqu'elle risque d'exercer une influence prépondérante dans l'orientation d'une seule entreprise et de l'en dispenser si elle participe de façon importante, mais sans détenir ce rôle directeur, au capital de toutes les sociétés privées établies sur le territoire.

Il serait donc souhaitable que le législateur intervienne afin de modifier l'article 40 de l'ordonnance précitée. Sinon, l'entreprise étrangère qui verrait son achat de titres annulé conformément aux dispositions du décret du 21 Janvier 1972 serait juridiquement fondé à se pourvoir en justice.

---

(1) - cf. Supra, pp. 238 et 239.

(2) - cf. Supra, p. 238.

(3) - cf. Supra, p. 238.

(4) - L'importance de la participation susceptible d'attribuer le contrôle dans la direction d'une société est variable : cf. Supra, p. 153 et s.

SOUS-TITRE II-

LE CONTENTIEUX

Parmi toutes les garanties qu'elle est susceptible de se voir conférer, l'entreprise qui effectue des opérations en dehors de ses frontières d'origine semble attacher énormément d'importance au statut qui lui est reconnu par le pays d'accueil en matière de règlement des litiges.

La détermination de la juridiction compétente pour trancher un litige naissant éventuellement à l'occasion de son activité ne soulève aucune difficulté lorsque la société étrangère est établie sous l'empire du régime général. En principe, seuls les tribunaux de droit commun peuvent être valablement saisis pour en connaître.

Mais ce libre accès au prétoire dont elle jouit, subit une limitation par l'effet de l'article 460 du code de procédure civile. Aux termes de cette disposition, «tout étranger qui este en justice en qualité de demandeur principal ou d'intervenant, est tenu, si le défendeur le requiert avant toute exception, de fournir caution, de payer les frais et dommages et intérêts auxquels il pourrait être condamné» (1). Ce plaideur peut cependant être dispensé du paiement de cette «cautio judicatum solvi» dans la mesure où une convention judiciaire aura été conclue entre l'Algérie et le pays dont il est ressortissant. C'est notamment le cas des personnes morales d'allégeances française (2), égyptienne (3), mauritanienne (4) et belge (5)...

Mais c'est surtout la situation de la firme qui agit dans le cadre de l'un des deux régimes spéciaux d'établissement qui a besoin d'être clarifiée.

Jusqu'à une époque encore récente, la juridiction arbitrale constituait l'unique voie de recours en matière de recherche et d'exploitation des hydrocar-

---

(1) - Il convient de signaler que conformément à l'article 10 du code de procédure, qui reconnait un privilège de juridiction au demandeur de nationalité algérienne, une personne morale étrangère pourra être citée devant les juridictions locales en vue de l'exécution contractées par elle soit en Algérie, soit à l'étranger.

(2) - V. JM. VERDIER, indépendance de l'Algérie et droit international privé, op. cit., p. 39.

(3) - V. Ordonnance n.- 65.195 du 29 Juillet 1965 portant ratification de la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération juridique et judiciaire entre l'Algérie et la République Arabe Unie, signée à Alger le 29 Février 1964, J.O.R.A. du 6 Septembre 1966, p. 862.

(4) - V. Ordonnance 70.4 du 15 Janvier 1970 portant ratification de la convention relative à la coopération judiciaire entre l'Algérie et la Mauritanie, signée à Nouakchott le 3 Décembre 1969, J.O.R.A. du 11 Février 1970, p. 166.

(5) - V. Ordonnance n.- 70.60 du 8 Octobre 1970 portant ratification de la convention entre l'Algérie et la Belgique, relative à l'aide mutuelle judiciaire en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 12 Juin 1970, J.O.R.A. du 3 Novembre 1970, p. 1038.

bures. Mais en dépit de l'ambiguïté qui caractérise certaines de ses dispositions, l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971(1), qui porte modification de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, paraît avoir mis fin à ce privilège dont bénéficiaient les compagnies pétrolières. Cette thèse pourra être vérifiée (Ch. I) bien que l'article 7 du texte précité se contente seulement d'édicter que «les litiges relatifs aux impôts relèvent en premier et dernier ressort de la Cour Suprême d'Algérie» et que «ces litiges pourront être portés, préalablement, devant une commission de conciliation». Il est vrai que l'affirmation de la souveraineté de l'Etat sur la gestion de cette richesse nationale (2) devait nécessairement s'illustrer sur le plan juridictionnel.

Le code des investissements, quant à lui, ne prévoit aucune règle particulière en vue de trancher les conflits susceptibles de surgir à l'intérieur de son domaine d'application. On doit dès lors s'interroger sur la signification d'un tel silence. Doit-il être interprété comme un renvoi implicite aux règles normales posées par le droit judiciaire privé, c'est-à-dire comme une attribution de compétence aux juridictions de droit commun ? Ou bien comme une faculté laissée aux parties en présence de recourir, si elles le désirent, à une instance arbitrale ? Comme nous aurons l'occasion de le montrer (Ch. II), c'est en réalité une solution de compromis qui semble prévaloir. L'entreprise d'allégeance étrangère admise à exercer une activité sur notre territoire conformément aux dispositions du code des investissements ne doit, en principe, soumettre son litige qu'à l'appréciation d'une juridiction interne ; elle peut cependant, dans certains cas, contrairement à une société algérienne, avoir la possibilité de s'adresser à un tribunal arbitral.

---

(1) - Ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.
(2) - V. Supra, p. 125 et s.

CHAPITRE I-

LE REGLEMENT DES CONFLITS ET LE DROIT PETROLIER

A l'origine, l'article 41 de l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, qui est le texte de base du code pétrolier saharien, disposait que «les litiges entre concédant et concessionnaire relatifs à l'application de la convention, relèvent, en premier et dernier ressort, du Conseil d'Etat statuant au contentieux» (1).

Compte tenu du transfert de compétence intervenu du fait de l'accession de notre pays à l'indépendance et de la reconduction de ce code (2), la Cour Suprême d'Algérie devait donc, en principe, succéder à la Haute juridiction administrative française (3).

C'est cette conséquence logique que l'ancienne puissance a refusé d'admetrre en ce qui concerne le règlement du contentieux de ses sociétés (4) installées au Sahara. Par le biais de la Déclaration de principes du 19 Mars 1962 relative à la coopération en matière d'hydrocarbures (5), elle avait, en effet, réussi à obtenir la mise à l'écart de la juridiction locale et à imposer la compétence d'un tribunal arbitral international.

---

(1) - V. également dans le même sens : Art. 61 et 71, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, op. cit.

(2) - V. Supra, p.125 et s.

(3) - V. en ce sens : C. VIGNER, l'accord Franco-Algérien du 26 Juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droits acquis, A.F.D.I. 1964, p. 383.

(4) - Paradoxalement, alors qu'elles avaient soulevé l'inopposabilité à leur égard de l'Accord Algéro-Français du 29 Juillet 1965 en ce qui concerne le régime fiscal (cf. Supra, p. 220 les sociétés étrangères non françaises avaient tenté de se prévaloir des dispositions conventionnelles prises par les deux pays en matière de règlement des conflits (V. El-Moudjahid du 31 Mai 1967, les sociétés pétrolières étrangères face à leurs obligations). Cette prétention consistant à invoquer la compétence du tribunal arbitral n'était cependant nullement fondée. Car en ce qui les concerne, et comme on l'a montré (cf. Supra, p. 126), le code pétrolier saharien avait été reconduit non pas du fait des Accords d'Evian, mais en vertu de la loi du 31 Décembre 1962.

(5) - V. Code pétrolier saharien, op. cit., p. 3.

Ce principe une fois admis, il ne restait plus à l'accord algéro-français du 23 Juin 1963 (1) qu'à préciser l'organisation et le fonctionnement du tribunal, à qui il appartenait exclusivement de trancher tous les conflits pouvant naître entre la nouvelle puissance publique et certains titulaires de titres miniers.

En dehors de cette compétence en premier et dernier ressort, deux autres règles, dont l'une au moins allait constituer une véritable source d'abus, étaient posées : la sentence arbitrale était exécutoire sans exequatur aussi bien sur le territoire algérien que français (2) ; mais ce qui était plus grave encore, c'était que tout recours au tribunal arbitral avait un caractère suspensif.

Au-delà de l'institution d'une procédure de conciliation, dont la mise en œuvre devait précéder toute saisine de la juridiction arbitrale, l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 (3) avait apporté une légère amélioration : ayant nettement pris conscience des dangers que recelait l'effet suspensif de l'arbitrage, l'Algérie avait exigé son exclusion au moins chaque fois que le conflit avait pour origine la mise à exécution d'une prérogative de puissance publique ; afin de concrétiser cette exigence, l'article 46 de l'accord stipulait que «lorsque le litige porte sur l'application des articles C1, C2, C28 à C31, C34 à C48 des conventions de concessions, l'introduction de la procédure de conciliation ainsi que le recours à l'arbitrage n'entraînent pas la suspension de la mesure» (4).

Tout en organisant à son tour une procédure de conciliation et un arbitrage, le protocole conclu le 19 Octobre 1968 entre l'Algérie et la Compagnie Getty a introduit quelques progrès supplémentaires. C'est ainsi que, contrairement aux accords algéro-français du 26 Juin 1963 (5) et du 29 Juillet 1965 (6) qui faisaient appel au président de la Cour Internationale de Justice, il prévoit que la désignation du président du tribunal arbitral relèverait, en cas de désaccord entre les deux premiers arbitres, de la compétence du président de la Cour Suprême d'Algérie. A moins qu'il n'en soit décidé autrement par les parties, l'article 30 du protocole établit en outre le siège de la juridiction arbitrale à Alger. Ce qui peut éventuellement avoir une incidence sur la détermination de la loi applicable à la procédure (7). On a, enfin, restreint la portée de l'effet suspensif du recours à l'arbitrage en augmentant le nombre de cas dans lesquels il ne peut pas être invoqué (8).

En dépit de ces grignotages successifs, les causes profondes qui étaient à

---

(1) - V. Code pétrolier saharien, p. 7 ; V. également J.O.R.F. du 30 Août 1962, p. 8506 ; C. VIGNER, op. cit.

(2) - Cette réciprocité qui était instituée par l'article 4 de l'accord du 26 Juin 1963 n'était pas appelée à jouer en fait : tous les recours avaient été exercés par les compagnies pétrolières.

(3) - cf. Supra, p. 127.

(4) - La conciliation et l'arbitrage étaient organisés par les articles 159 et suivants du protocole relatif à l'association coopérative.

(5) - V. article 3 de l'annexe à l'accord du 26 Juin 1963, op. cit.

(6) - V. Article 173 a, protocole relatif à l'association coopérative.

(7) - V. notamment : PH. FOUCHARD, op. cit. p. 318 et s.

(8) - V. article 33, protocole Getty, op. cit.

l'origine de l'inadaptation de la procédure d'arbitrage demeuraient intactes. On s'était vite rendu compte que «ce mécanisme avait été en fait imaginé non pas pour régler véritablement les conflits, mais pour constituer le moyen idéal permettant (notamment) aux sociétés françaises de paralyser la puissance publique dans l'exercice normal et quotidien de ses droits souverains» (1).

L'Algérie ne pouvait indéfiniment tolérer que sa volonté de contrôler l'exploitation de ses richesses naturelles fût mise en échec par ce biais. D'autant plus que le recours à l'instance arbitrale ne lui semblait avoir, le plus souvent, qu'un caractère dilatoire (2). C'est ce qui expliquait son refus de se plier, malgré ses engagements contractuels, à l'arbitrage. Et «le déni de justice que les (compagnies étrangères) ont pu dénoncer, a été la réaction extrême contre l'erreur originelle par laquelle les traités de 1962 et de 1965 ont dessaisi la souveraineté judiciaire algérienne de la possibilité de connaître d'affaires touchant les intérêts majeurs de l'Etat (3).

Parce qu'elle constituait un facteur favorisant à l'excès l'extraterritorialité des sociétés étrangères, dans un domaine réputé pourtant peu propice à une telle tendance, et parce que son rôle n'avait pas été limité uniquement au règlement des litiges relevant du droit commercial international, la procédure d'arbitrage, telle qu'elle avait été instituée, ne pouvait dès lors susciter qu'une grande méfiance. Car elle apparaissait comme un véritable frein à la réalisation des objectifs de développement.

Au-delà de la transformation radicale intervenue dans le régime de l'exploitation des hydrocarbures (4), de cette suspicion devait tôt ou tard résulter une remise en cause de cette procédure de règlement des conflits. Malgré l'ambiguïté de sa rédaction, c'est précisément cette solution que semble adopter l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 (5) qui modifie le code pétrolier saharien (Section I). Le législateur a cependant organisé une procédure de conciliation en ce qui concerne les litiges relatifs aux impôts (Section II).

Seule la compagnie Getty paraît encore échapper à l'empire de ces nouvelles règles procédurales. En dépit de la référence que fait l'avenant du 27 Mai

---

(1) - Etude anonyme, l'arbitrage et les rapports pétroliers algéro-français, El-Moudjahid du 3 Février 1969 ; étude publiée également dans la revue P.G.A. n.- 53 du 1er Juin 1971, p. 19.

(2) - «Des sociétés comme la CREPS, la CFPA, la CEP, la SAFREP ou la TRAPSA, ne cessent de recourir à ce moyen pour tenter de s'opposer aux mesures prises par l'Algérie pour sauvegarder ses intérêts les plus légitimes. Dès la saisie de la Commission de Conciliation, par ces sociétés, les redressements fiscaux ordonnés par l'Administration, la mise en application d'un tarif de transport économique sur la canalisation de TRAPSA, la mise à exécution des recommandations de l'Administration pour une exploitation rationnelle du gisement de ZARAITINE, se trouvent en principe sous le coup de la suspension». (l'arbitrage et les rapports pétroliers algéro-français, El-Moudjahid du 3 Février 1969).

(3) - K. BELKACEM, le statut juridique des intérêts pétroliers en Algérie, thèse dactylo., Paris, 1973, p. 258.

(4) - V. Supra, p. 125 et s.

(5) - Ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 modifiant l'ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958, J.O.R.A. du 13 Avril 1971, p. 367.

1972(1) à l'ordonnance précitée, plusieurs indices nous inclinent à croire que l'arbitrage n'a pas été remis en cause. Le premier nous est fourni par le préambule de l'avenant où l'on peut lire que «le gouvernement algérien et Getty sont d'accord pour modifier, dans le respect de chacune des parties, certaines dispositions du protocole en vue de les rendre conformes à certaines dispositions législatives et réglementaires nouvelles». Selon la lettre de ce préambule, il semble donc que l'harmonisation n'ait pas été totale. Le second indice résulte de l'article 11 qui stipule que : «sous réserve des modifications apportées par le présent avenant, toutes les dispositions du protocole demeurent applicables». Or, à moins qu'elle soit restée secrète - et on ne verrait vraiment pas l'intérêt d'une telle attitude - aucune clause ne prévoit la mise à l'écart de la procédure d'arbitrage organisée par les articles 17 et suivant du protocole.

SECTION I
LA REMISE EN CAUSE
DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

L'article 7 de l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, qui porte modification de l'article 71 du code pétrolier saharien, dispose que les litiges relatifs aux impôts relèvent en premier et dernier ressort de la Cour Suprême Algérienne.

Cette disposition ne laisse planer aucune équivoque en ce qui concerne la désignation de la juridiction compétente pour connaître des contestations naissant à propos de l'imposition pétrolière (2). Désormais, seule la haute juridiction administrative est en principe apte à la trancher. Et la mise en application de cette règle par les différentes conventions d'établissement apparaît essentiellement à travers la référence expresse qu'elles font à l'ordonnance précitée (3).

Mais c'est surtout à propos de tous les autres litiges pouvant opposer l'Algérie à la société étrangère que cet article 7 introduit un doute. En effet, dès lors qu'il n'organise la compétence de la Cour Suprême qu'en matière fiscale, on pourrait être incité d'en déduire, a contrario, que c'est uniquement cette source de conflits que le législateur entend exclure du domaine de l'arbitrage. Ce qui reviendrait à dire que les parties seraient libres de soumettre les différends ne présentant pas un tel caractère à un tribunal arbitral. Cette interprétation aurait, surtout en ce qui concerne les rapports existants entre l'Etat et la compagnie étrangère, du mal à s'imposer. Elle serait démentie par plusieurs arguments.

En dehors même du contexte peu favorable à l'arbitrage qui prévalait antérieurement à la promulgation de la nouvelle législation, de l'absence d'adhésion

---

(1) - Ordonnance n.- 72.48 du 5 Octobre 1972 portant approbation de l'avenant du 27 Mai 1972 au protocole Algérie-Getty du 19 Octobre 1968, J.O.R.A. du 27 Octobre 1972, p. 1090.

(2) - Sur la fiscalité pétrolière, V. Supra, p. 206 et s.

(3) - V. Notamment : protocole Algérie-CFP et Algérie-ERAP, op. cit.

par l'Algérie à la convention de la BIRD sur le règlement des différends (1), du fait que l'affirmation de la souveraineté sur l'exploitation des hydrocarbures doit logiquement avoir une implication sur le plan juridictionnel et de l'interdiction faite à la puissance publique de compromettre (2), le recours à une telle procédure de règlement des différends serait incompatible avec le caractère purement interne de la convention d'établissement.

Bien que l'on ait timidement tenté de la soustraire à l'empire de la législation et de la juridiction locales en la qualifiant notamment de «traité quasi interntional» (3), la convention de concession classique (4) se voit déjà non seulement dénier tout caractère extraterritorial par la Cour Internationale de Justice (5), mais elle est en outre considérée comme un véritable contrat administratif par la plupart des auteurs (6). Le code pétrolier saharien justifiait davantage cette classification de la convention de concession : que ce soit au point de vue du critère organique, puisque le concédant n'était autre que la puissance publique, ou au point de vue des critères matériels du service public et de la clause exorbitante (7).

Car si le «service public» n'a d'autre signification que celle d'«intérêt général» (8), qui pourrait sérieusement prétendre que l'activité pétrolière est étrangère à cette mission, alors que son rôle est stratégique ?

Quant à l'insertion de clauses exorbitantes dans le contrat, il suffit d'analyser

---

(1) - cf. Infra, p. 391.

(2) - Ibid.

(3) - SCHWARZENBERGER, cité par M. PAILLERE, op. cit.
Un autre auteur (PH. KAHN, problèmes juridiques des investissements dans les pays de l'ancienne Afrique Française, cl. 1965. 381 et s.) préconise de rattacher ce genre de contrat au «droit des relations économiques internationales», qui serait en voie de création et qui se situerait entre le droit public international et le droit privé international. La sentence arbitrale ARAMCO rendu à Genève le 23 Août 1958 a préféré, quant à elle, qualifier la concession de «contrat innomé sui generis» (pour son analyse, v. S. BASTID, le droit international public dans la sentence arbitrale de l'ARAMCO, Annuaire français de droit international, 1961-300 ; H. BATIFFOL, la sentence ARAMCO et le droit international privé, Rev. Crit. de dip. 1964-647).

(4) - Pour un aperçu sur la notion de concession, V. Supra, p. 137 et s.

(5) - Par suite de la nationalisation du pétrole iranien en 1951, un conflit est né entre l'Iran et la compagnie anglaise AIOC. Infirmant la thèse du gouvernement britannique selon laquelle la concession accordée le 29 Avril 1933 à l'AIOC constitue un accord de droit international public, la Cour Internationale de Justice a considéré que cet accord «n'est rien de plus qu'un contrat de oncession entre un gouvernement et une société étrangère. Elle ne fait en cela que suivre la voie qui lui a été ouverte par la Cour Permanente de Justice dans ses célèbres arrêts des emprunts serbes et brésiliens du 12 Juillet 1929 (série A, n.- 21, p. 41) ; (cl. 1929-977 ; D.P. 1930-2-45) et qui a affirmé sans détour que «tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale».

(6) - V. notamment : J. LOYRETTE, op. cit. p. 357 ; M. BENCHIKH, op. cit. p. 92 et s.

(7) - Pour une étude exhaustive du contrat administrative, v.A. DE LAUBADERE, les contrats administratifs, L.G.D.J., 1956.

(8) - Commissaire du Gouvernement TRICOT, s. C.E. 23.12.1953, «Dame Veuve Lillo».

les sujetions qui étaient imposées par la puissance concédante au concessionnaire pour en être fermement persuadé. Parmi celles-ci, citons notamment le pouvoir reconnu à l'administration de contrôler les opérations de recherche (1) et d'exploitation (2), de déterminer le niveau de la production (3) et de décider, éventuellement, le retrait du titre minier (4).

En plus de tous ces éléments favorables à l'attraction dudit contrat sous l'empire du droit administratif, il ne faut pas oublier que c'était au Conseil d'Etat que le code pétrolier saharien avait, à l'origine, attribué la compétence pour trancher les litiges (5). Ce facteur était à lui seul suffisamment révélateur de la nature juridique de l'acte.

Si l'ancien contrat de concession ne pouvait de la sorte se voir attribuer raisonnablement un caractère international, il ne peut a fortiori en être autrement en ce qui concerne la convention d'établissement conclue entre l'Algérie et chaque société étrangère, conformément aux dispositions de l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 (6). Il suffit pour vérifier cette assertion d'évoquer les arguments les plus significatifs.

Remarquons tout d'abord qu'aucune équivoque n'existe quant à la législation applicable ; puisque, comme on l'a déjà montré, toutes les conventions signées se contentent non seulement de reprendre tels quels les principes édictés par la récente législation, mais font également expressément référence aux textes fondamentaux : ceux qui régissent l'activité de la société étrangère dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides, ceux relatifs au régime fiscal et ceux concernant la fixation du niveau minimum des prix publiés du pétrole. Par ailleurs, l'approbation par voie législative de ces contrats pétroliers (7) ne fait que corroborer leur soumission au cadre juridique national.

En outre, si l'accord d'association conclu entre la société nationale Sonatrach et la compagnie étrangère doit être considéré comme un contrat de droit privé, bien qu'il ne produise ses effets qu'après avoir été approuvé par le législateur, le protocole conclu entre l'Etat et la compagnie pétrolière est en revanche incontestablement un contrat administratif. Abstraction faite de la qualité de l'une de ces parties, on peut s'appuyer sur l'existence d'importantes clauses exorbitantes pour étayer cette qualification. C'est ainsi que la société étrangère qui veut entreprendre une activité pétrolière se voit obligée de constituer au préalable une filiale de droit algérien (8) et de situer son siège social sur le

---

(1) - V. Titre V, Décret n.- 59.1334 du 22 Novembre 1959, op. cit.

(2) - V. Titre II, Ch. 1, convention type du 22 Novembre 1959, op. cit.

(3) - V. Titre II, Ch. III, Ibid.

(4) - V. Art. 38, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 et Titre I, Ch. VI, convention type du 16 Septembre 1961, op. cit.

(5) - V. Supra, p. 243.

(6) - V. Supra, p. 148 et s.

(7) - V. Supra, p. 152 et s.

(8) - V. Supra, p. 76 et s.

territoire (1) ; qu'elle est tenue de s'associer avec l'entreprise publique Sonatrach (2) et d'accepter le rôle d'associé minoritaire qui lui est imparti au sein de cette association mixte (3) ; qu'elle est exclue, sauf au stade de la recherche, mais encore faut-il que la société nationale en exprime le désir, des attributions, combien fondamentales, d'opérateur (4) ; qu'elle est mise dans l'obligation de respecter le niveau minimum des prix des hydrocarbures fixé unilatéralement par l'administration (5) ; qu'elle doit, enfin, se plier aux diverses modifications qui sont susceptibles d'intervenir dans ce domaine.

Et même si son champ d'application ne semble cantonné qu'à ce seul aspect, ce pouvoir de modification de l'un des éléments du protocole, dont dispose la puissance publique, illustre suffisamment le caractère de cet acte ; puisque la règle de mutabilité ne joue qu'en matière de contrats administratifs.

Abstraction faite de la nature juridique de la convention d'établissement, il convient de remarquer que même si elles ne soumettent à la compétence de la Cour Suprême que les conflits relatifs aux impôts, il n'est néamoins pas permis de déduire des dispositions de l'article 7 précité une faculté laissée implicitement aux parties de saisir une juridiction arbitrale dans tous les autres cas. Ce texte ne fait en réalité qu'introduire une importante exception aux règles de la compétence administrative, telles qu'elles sont énoncées par l'article 7 du code de procédure civile. Celui-ci prévoit, en effet, que «les cours connaissent, en premier ressort et à charge d'appel devant la Cour Suprême, de toutes les affaires, quelle que soit leur nature, où est partie l'Etat, la Wilaya, la Commune ou un Etablissement public à caractère administratif» (6). Ce qui revient à dire qu'en dehors de la fiscalité pétrolière, dont les contestations sont spécialement attribuées à la haute juridiction, c'est à ce dernier principe général qu'il faut nécessairement revenir. C'est donc à la chambre administrative de la Cour qu'il appartient de trancher, en tant que juridiction du premier degré, tous les litiges dont l'une des parties est une personne publique. Il faut préciser cependant que l'entreprise publique à caractère industriel et commercial, telle que la Sonatrach, en est écartée. Ce sont les règles de compétence de droit commun édictées par les articles 1 et suivants du code de procédure civile qui lui sont applicables.

Il importe de remarquer, enfin, que si l'ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971 ne s'occupe que du règlement des différends inhérents aux impôts, c'est certainement parce que ces problèmes seront de loin les plus importants dans le nouveau régime d'exploitation des hydrocarbures liquides. Car dès lors qu'une société étrangère ne peut plus être attributaire d'un titre minier (7), qu'elle ne

---

(1) - V. Supra, p. 48.

(2) - cf. Supra, p. 147 et s.

(3) - cf. Supra, p. 159 et s.

(4) - cf. Supra, p. 172 et s.

(5) - cf. Supra, p. 215 et s.

(6) - Pour une analyse détaillée de cette règle organique de compétence et des quelques exceptions qu'elle comporte, v. A. MAHIOU, le contentieux administratif en Algérie, Rev. Alg. 1972, p. 620 et s.

(7) - cf. Supra, 139 et s.

peut exercer une activité qu'au sein d'une association mixte contrôlée par la Sonatrach et qu'elle est exclue du rôle d'opérateur, il est évident que la plupart des anciennes sources de conflits disparaissent. C'est particulièrement le cas des litiges entre concédant et concessionnaire (1) et de ceux relatifs aux indemnités pour occupation de terrain et pour expropriation (2).

C'est sans doute cette importance des problèmes fiscaux et la volonté de l'Algérie d'en régler à l'amiable les éventuelles difficultés qui expliquent l'institution d'une procédure de conciliation.

SECTION II
L'ORGANISATION D'UNE PROCEDURE DE CONCILIATION

Bien qu'il dispose que les litiges relatifs aux impôts sont de la compétence de la Cour Su prême, l'article 7 de l'ordonnance n.- 71.24 autorise cependant les parties à les soumettre éventuellement, et au préalable, à une commission de conciliation.

Le recours à la conciliation, qui est une procédure rapide, peu onéreuse, et n'ayant aucun caractère juridictionnel, peut effectivement rendre d'appréciables services : elle est susceptible de vider, de façon transactionnelle, un conflit et d'économiser ainsi aux intéressés une procédure juridiciaire. Encore faut-il que les parties en présence soient animées d'une volonté commune de coopération, que suppose la mise en œuvre de cette voie amiable.

Quoi qu'il en soit, même si l'appel à cette commission de conciliation est facultatif, le législateur a pris soin, en s'inspirant de l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 (3), d'organiser sa constitution (§ 1) et ses attributions (§ 2).

§ 1 - LA CONSTITUTION DE LA COMMISSION DE CONCILIATION -

«L'instance en conciliation est engagée par lettre recommandée avec accusé de réception, adressée par le demandeur à l'autre partie, dans un délai de deux mois, à compter de la naissance du litige» (4).

Cette demande de conciliation, qui n'a aucun effet suspensif, doit nécessairement comporter un exposé des prétentions de son auteur.

Trente jours après la réception de cette lettre, chacune des parties doit procéder à la désignation d'un conciliateur et la notifier à l'autre. Dès qu'ils sont nommés, les deux membres de la commission doivent à leur tour désigner d'un commun accord un troisième membre-président.

---

(1) - Selon l'article 41, Ordonnance n.- 58.1111 du 22 Novembre 1958 (op. cit.), les litiges entre concédant et concessionnaire relevaient du conseil d'Etat.

(2) - Les articles 58 et 59, Ibid, attribuaient le règlement de ces contestations aux tribunaux civils.

(3) - cf. Art. 159 et suivants du protocole relatif à l'association coopérative, op. cit.

(4) - Art. 7, c, ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, op. cit.

Au cas où les deux conciliateurs ne parviennent pas à s'entendre sur le choix du président de la commission ou encore si le défendeur s'est abstenu de désigner son conciliateur, le demandeur doit prier le président de la Cour Suprême, ou l'un de ses adjoints, de pourvoir à cette désignation.

En revanche, le demandeur est censé avoir purement et simplement renoncé à la procédure de conciliation, s'il ne notifie pas à l'autre partie la désignation de son conciliateur.

Le siège de la commission de conciliation doit, en principe, être situé en Algérie. Le législateur a cependant donné aux parties la possibilité d'en décider autrement.

§ 2 - LES ATTRIBUTIONS DE LA COMMISSION DE CONCILIATION -

Afin de permettre à la commission de conciliation d'accomplir correctement sa tâche, ce qui suppose une connaissance approfondie de tous les points litigeux, il est prévu que sont président «peut décider de toute mesure d'instruction, demander aux parties de produire tous documents, entendre tous témoins, nommés tous experts, déterminer leur mission et fixer un délai pour le dépôt de leur rapport» (1).

Sauf accord entre les parties, ou décision prise à l'unanimité par les membres de la commission, la recommandation de conciliation, dont le but consiste essentiellement à suggérer aux intéressés les termes d'une solution en harmonie avec un climat de collaboration, doit être rendue dans un délai de cent vingt jours, à compter de la date de désignation du président de la commission.

Cette recommandation, que la commission est tenue de motiver, est prise selon la règle de la majorité. En cas de partage de voix, hypothèse qui ne peut se présenter que lorsque le défendeur n'a pas désigné son conciliateur, celle du président est prépondérante.

Comme cette recommandation n'a pas un caractère obligatoire, puisqu'elle n'a pas la nature d'un acte juridictionnel, elle n'est susceptible de produire des effets que si elle a été acceptée par les parties en cause. Si chacune de ces dernières n'a pas notifié à l'autre son acceptation dans un délai de vingt jours, la conciliation est réputée avoir échoué.

Il ne restera plus alors aux parties que l'alternative de la saisine de la Cour Suprême.

Cette haute juridiction n'est pas compétente en premier ressort en ce qui concerne les conflits naissant dans le champ d'application du code des investissements.

---

(1) - Art. 7, e, ordonnance n.- 71.24 du 12 Avril 1971, op. cit.

CHAPITRE II-

LE REGLEMENT DES CONFLITS ET LE CODE DES INVESTISSEMENTS

En matière de réalisation d'un investissement, des conflits sont susceptibles de surgir à tout instant entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil. La source de litiges la plus importante serait certainement constituée par la décision de l'administration de retirer l'agrément à une entreprise (1). Ce qui reviendrait à lui enlever tous les avantages spéciaux dont elle bénéficiait conformément au code et de la soumettre au régime de droit commun.

En vue de se protéger contre l'éventuelle illégalité d'une mesure aussi grave, puisqu'elle pourrait même remettre en question son établissement, la société étrangère a légitimement besoin de disposer d'un moyen juridictionnel auquel elle pourrait avoir recours.

Mais cette entreprise, qui n'accorde pas toujours confiance aux institutions du pays en voie de développement, considérant parfois que son appareil juridique n'offre pas suffisamment de garantie, veut un juge «compétent» (2) et indépendant par rapport à l'Etat.

En un mot, illustrant une fois encore son orientation extraterritoriale, elle «attache plus d'intérêt aux juridictions arbitrales» (3).

L'Etat d'investissement, surtout lorsqu'il a opté pour une voie socialiste de développement, estime, quant à lui, et à juste raison, que l'investissement, qui constitue un instrument de réalisation de son indépendance économique, dépend trop étroitement de sa souveraineté pour qu'il consente à en discuter devant n'importe quelle juridiction, et a fortiori devant des arbitres.

En dépit du mutisme qu'elle garde sur ce problème, tout indique que l'or-

---

(1) - L'article 26 du code des investissements dispose : «sur proposition du Ministère technique intéressé, l'agrément peut être retiré, dans la forme où il a été accordé, en cas de manquement grave aux engagements du bénéficiaire, trois mois après mise en demeure».

(2) - M. AMADIO, le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la BIRD du 18 Mars 1965, LGDJ. 1967, p. 17.

(3) - L. DURAND-REVILLE, op. cit. p. 260 ; V. également : PH. KAHN, Problèmes juridiques des investissements dans l'ancienne Afrique française, cl. 1965, p. 375.

donnance du 15 Septembre 1966 portant code des investissements fait avant tout prévaloir cette dernière idée. Certains facteurs inclinent à penser que le règlement des différends relève en principe de la compétence exclusive des juridictions locales (Section I). La pratique nous enseigne cependant que cette règle n'a pas un caractère impératif. Lorsque l'entreprise étrangère participe au capital d'une société d'économie mixte, une juridiction arbitrale peut alors être exceptionnellement appelée à trancher un éventuel litige (Section II).

SECTION I
LA COMPETENCE DE PRINCIPE DE LA JURIDICTION LOCALE

On peut regretter que le code des investissements n'ait prévu aucune disposition permettant de désigner la juridiction apte à trancher les litiges. Mais un tel silence ne peut être interprété que comme un renvoi pur et simple des parties devant les tribunaux de droit commun (1). Cette compétence de principe paraît d'autant plus s'imposer qu'elle est corroborée par d'autres indices concordants et plus particulièrement par la nature juridique de l'agrément.

Selon l'article 10 du code, «l'égalité devant la loi, notamment dans ses dispositions fiscales, est reconnue aux entreprises étrangères ou sous contrôle étranger». Deux conséquences peuvent être déduites de cette disposition. La première est que la non-discrimination dont bénéficie de la sorte l'investisseur étranger en matière législative implique nécessairement, sauf clause contraire, l'extension de cette règle au domaine régi par le droit judiciaire, c'est-à-dire l'obligation de faire appel au magistrat local pour trouver une solution à toute difficulté. La seconde déduction que l'on peut faire est que cette égalité n'a pu être conférée que parce que l'aptitude du droit algérien à régir l'ensemble des problèmes inhérents à l'investissement ne fait aucun doute. Or, bien qu'une juridiction arbitrale soit elle-même susceptible d'appliquer la loi du pays d'accueil (2), la compétence législative est en principe étroitement liée à la compétence juridicaire.

Comme autres arguments, on peut non seulement invoquer l'article 442 du code de procédure civile (3) qui interdit à l'Etat et aux personnes morales publiques de compromettre, mais également le défaut d'adhésion de l'Algérie à la convention du 18 Mars 1965 de la B.I.R.D. instituant un arbitrage entre les

---

(1) - Certains auteurs (V. notamment P. LEGOUX, de quelques codes d'investissements, R.J.P.I.C. 1968, p. 957) considèrent comme étant parfaitement saine la conception consistant à soutenir que les codes d'investissements, actes de la puissance publique, relèvent, comme les différends relatifs aux questions fiscales, du contentieux administratif national». Sur le contentieux administratif en Algérie, v. A. MAHIOU, op. cit. p. 571.

(2) - V. PH. FOUCHARD, l'arbitrage commercial international, Dall. Paris, 1965, p. 351 et s.

(3) - Il importe de remarquer que l'article 442, alinéa 5, dispose que «dans leurs rapports entre elles, les sociétés nationales et autres entreprises publiques sont habilitées à transiger» ; et que les articles 442 bis et suivants du code de procédure civile organisent dans le détail cet arbitrage.

Etats et les investisseurs étrangers (1).

Enfin, la nature juridique de l'agrément plaide manifestement en faveur de la désignation du tribunal local pour connaître des différends pouvant naître à propos de la réalisation d'un investissement. La doctrine s'accorde en effet pour estimer que, contrairement à une convention d'établissement, cette procédure a un caractère essentiellement unilatéral (2). Les principaux traits de cet acte administratif ne démentent pas une telle qualification.

A l'appui de cette opinion, on peut invoquer le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité interministérielle ou préfectorale en matière d'octroi de l'agrément à un vestisseur (3). La compétence de l'administration est entièrement libre. Seules les considérations d'opportunité, économique en particulier, l'inciteront à agréer ou à refuser d'agréer un investisseur. Sans compter qu'elle n'est même pas tenue de motiver son éventuel refus.

Bien qu'elle ne puisse, en principe, être mise en œuvre qu'en cas de manquement grave aux engagements pris par le bénéficiaire, la faculté qui est conférée à l'autorité compétente de prononcer le retrait de l'agrément (4) illustre également la nature unilatérale de ce procédé.

Enfin, en dépit du fait qu'il ne produit pleinement ses effets juridiques qu'une fois que l'investisseur en a accepté toutes les modalités dans un certain délai, l'agrément ne laisse apparaître aucun élément sérieux susceptible de le rattacher à la catégorie des contrats. L'absence de toute négociation préalable entre la puissance publique et l'investisseur étranger, le défaut d'un document écrit comportant la signature des deux parties et le fait que c'est souvent un arrêté interministériel qui constitue sa source sont, entre autres, autant d'arguments suffisamment éloquents. L'agrément, dont l'existence n'est pas subordonné à un accord de volonté, ne fait en réalité que déclencher l'admission à un régime légal pré-établi. Il «n'a d'autre objet que de conférer à l'entreprise agréée un statut» (5).

Même si l'établissement d'une société d'économie mixte dans le cadre du

---

(1) - Outre M. AMADIO, op. cit., on pourra consulter sur cette question : L. VAURS, investissements étrangers entre Etats et personnes privées. La convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Pédone, Paris, 1969 ; Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Dijon, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Pédone, Paris, 1969, Vol. 196 ; A. BROCHES, l'action de la B.I.R.D. et la création de son centre d'arbitrage, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers Monde, op. cit., p. 45 et s ; PH. KAHN, le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage, Ibid, p. 179 et s.

(2) - V. P. LEGOUX, op. cit., p. 942 : PH. KAHN, problèmes juridiques de l'investissement dans l'ancienne afrique française, op. cit., p. 381 ; J. GEORGEL, l'agrément administratif, AJDA, 1962-467.

(3) - cf. Supra, p. 181 et s.

(4) - cf. Supra, p. 252 et s.

(5) - M. PAILLERE, le contrat d'investissement dans les pays en voie de développement, in les investissements et le développement économique des pays du Tiers Monde, op. cit., p. 118.

code des investissements est soumis lui aussi à une procédure d'agrément, la création de cette personne morale suppose néanmoins un consentement mutuel de l'entreprise publique et de la société étrangère. C'est sans doute la conclusion de ce contrat préalable qui explique, dans une certaine mesure, le recours exceptionnel à un tribunal arbitral.

SECTION II
LA COMPETENCE EXCEPTIONNELLE D'UNE JURIDICTION ARBITRALE

En dehors de l'investissement qui présente une certaine importance, c'est-à-dire dont le montant excède cinq millions de dinars, et qui peut prétendre à un régime conventionné dérogatoire, notamment sur le plan juridictionnel (1), la procédure d'arbitrage a été reconnue même en cas d'agrément, lorsque celui-ci concerne une société d'économie mixte (2).

C'est la solution qu'utilise en particulier le protocole d'accord conclu entre la Société Nationale des Matériaux de Construction (S.N.M.C.) et la firme américaine INTERKILN FRITZ CORPORATION en vue de la constitution d'une entreprise mixte (3).

A défaut de règlement à l'amiable des difficultés et litiges pouvant résulter de l'interprétation ou de l'exécution de cette convention, il a été décidé de soumettre tout différend, «et à l'exclusion de toute autre juridiction», à un tribunal arbitral. Pour le constituer, les parties devront nommer un ou plusieurs arbitres. Et ceux-ci devront obligatoirement statuer soit conformément au règlement d'arbitrage de la Chambre Internationale (C.C.I.), soit selon le règlement de l'Américain Arbitration Association (A.A.A.) (4).

---

(1) - Comme nous l'avons souligné (cf. Supra, p. 175) aucune convention de ce genre n'a jusqu'à présent, et à notre connaissance, été conclue.

(2) - Sur le particularisme de la procédure d'agrément relative à une société d'économie mixte, cf. Supra, p. 185 et s.

(3) - Le protocole d'accord liant la Sonatrach à la société américaine «Davis Mud E Chemical, Inc», qui est à l'origine de la création de la société mixte «ALFUID», laquelle a pour objet la fabrication, la distribution et la vente des produits de boue de forage, fait également appel à une juridiction arbitrale, composée de trois membres, pour trancher tout différend. Chacune des parties devra, au plus tard soixante jours après la naissance d'un litige, désigner son propre arbitre. En cas de carence de l'une d'elles, c'est alors le Président de la Cour Suprême d'Algérie, ou son suppléant, qui sera prié par la partie la plus diligente de procéder, dans un délai de trente jours, à cette désignation. Cette même autorité judiciaire pourra intervenir également pour désigner le troisième arbitre, président du tribunal ; mais seulement si les deux premiers membres de ce tribunal n'arrivent pas à s'entendre sur ce choix. En dehors de sa composition, le protocole semble laisser une totale liberté à la juridiction arbitrale ; puisqu'il ne fait aucune allusion à la localisation de son siège, ni aux règles applicables à la procédure et au fond du litige.
Les sentences rendues, qui ne sont susceptibles d'aucun recours, paraissent s'imposer aux parties sans passer par l'intermédiaire de la procédure d'exequatur.

(4) - Pour une étude complète sur l'arbitrage international, v. PH. FOUCHARD, op. cit.

Le siège de cette juridiction ne sera certainement pas établi sur le territoire national. La convention stipule qu'il pourra se réunir aux Etats-Unis d'Amérique, et qu'en cas de désaccord entre les parties sur la désignation de ce dernier pays ou d'un tout autre, l'arbitrage aura lieu à Genève.

L'organisation d'une telle procédure d'arbitrage n'enlève cependant pas toute influence à la juridiction locale. Le litige sera certes soumis en premier et dernier ressort à un collège d'arbitres, mais l'exécution de la sentence rendue sera subordonnée à son intervention. Le protocole d'accord prévoit que le tribunal de l'ordre judiciaire compétent devra être saisi aux fins d'exéquatur (1). Evincé au stade du jugement du différend, il retrouvera donc ainsi la plénitude de son pouvoir au moment de la mise en application de la sentence arbitrale. Et, avant de conférer à celle-ci la formule exécutoire, il prendra certainement soin de contrôler sa conformité avec l'ordre public.

Malgré cette importante atténuation, et bien que l'entreprise publique n'ait dû la consentir que parce qu'elle ne pouvait pas faire autrement, cette clause arbitrale semble entachée d'illégalité : elle est contraire à la lettre de l'article 442 du code de procédure civile qui interdit aussi bien à l'Etat qu'à une société nationale de compromettre. Et à moins que la jurisprudence ne déduise de ce texte, en s'inspirant de l'exemple français (2), que cette interdiction ne vaut que sur le plan interne et qu'elle est inopérante dans le domaine des relations internationales, la seule façon de supprimer toute équivoque tout en maintenant ladite clause, consisterait à agréer la société d'économie mixte non pas par un arrêté interministériel mais par voie d'ordonnance.

Quoi qu'il en soit, il faut espérer que l'affrontement des thèses devant la juridiction arbitrale ne sera pas irréductible au point de déboucher sur une cessation d'activité de la société étrangère.

---

(1) - Pour empêcher toute intervention de la juridiction locale, la convention de la B.I.R.D., relative aux règlements de conflits entre Etats et investisseurs privés, prévoit que la sentence arbitrale est exécutoire sans exeqatur (V. notamment : M. AMADIO, op. cit.). C'est également une solution analogue que consacrait l'accord Algéro-Français du 26 Juin 1963 instituant l'arbitrage en matière pétrolière (cf. Code pétrolier saharien, op. cit., p. 51). Son article 4 disposait que «les sentences arbitrales sont exécutoires sans exequatur sur les territoires de la France et de l'Algérie qui les reconnaissaient exécutoires de plein droit en dehors de ces territoires dans les trois jours suivant leur prononcé».

(2) - V. PH. FOUCHARD, op. cit.

SOUS-TITRE III–

LA CESSATION D'ACTIVITE DE LA SOCIETE

En dehors d'une dissolution ou de la procédure de faillite dont elle pourrait être l'objet, la société étrangère peut être amenée à cesser d'exercer toute activité sur notre territoire soit parce qu'elle aura volontairement cédé tous ces intérêts (Ch. I), soit parce qu'elle aura été touchée par une mesure de nationalisation (Ch. II).

CHAPITRE I-

LA CESSATION GLOBALE DES INTERETS

Lorsque la société est établie dans le cadre du droit commun ou du code des investissements, la transmission de l'ensemble de ses intérêts n'appelle pas de remarques particulières : elle s'effectue conformément aux règles applicables à une cession partielle de parts ou d'actions (1). Précisons, toutefois, que même si sa réalisation est subordonnée à des conditions analogues, le transfert du produit de la cession ou de la liquidation de l'entreprise, agissant sous l'empire des dispositions de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 (2), doit se faire en vertu de l'article 11.2 de celle-ci et de l'arrêté du 20 Juillet 1970 (3).

Aussi n'y a-t-il lieu de consacrer les développements qui vont suivre qu'aux personnes morales opérant dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides.

Il importe de souligner à ce propos, qu'à l'instar du code pétrolier saharien, l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971 ne contient aucune indication. Ce sont seulement les accords d'association conclus entre ces entreprises et la société nationale Sonatrach (4) qui ont organisé la cession intégrale des intérêts. Si le cessionnaire ne peut être dans tous les cas que l'entreprise publique, en ce qui concerne notamment l'évaluation du patrimoine transmissible, deux modalités distinctes ont été adoptées respectivement par les accords signés entre la Sonatrach et les sociétés françaises (Section I) et par le protocole conclu entre l'Etat et la compagnie Getty (Section II).

SECTION I
LA CESSION INTEGRALE DES INTERETS ET LES ACCORDS SONATRACH-SOCIETES FRANÇAISES

Pour que les accords d'association qui lient la Sonatrach aux groupes français CFP et ERAP puissent continuer à s'appliquer au-delà de l'exercice 1975, il faudrait que ces sociétés se soient au préalable entendues sur les modifications

---

(1) - V. Supra, p. 234 et s.

(2) - Ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements op. cit.

(3) - Arrêté du 20 Juillet 1970 relatif au transfert du produit de la liquidation des investissements réalisés dans le cadre du code des investissements, J.O.R.A. du 1er Septembre 1970, p. 857, V. Annexe IV.

(4) - V. Supra, p. 151 et s.

X

susceptibles de leur être apportées (1). Dans l'hypothèse inverse, il est expressément prévu que les accords prendront alors fin de plein droit au 31 Décembre 1975 (2).

C'est dans une telle perspective que les parties ont pris soin d'organiser, de façon minutieuse, la cession de l'actif de la société étrangère. C'est ainsi, par exemple, que l'article 7.3, a, de l'accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association REPAL prévoit que «ELF-ALGERIE cèdera à Sonatrach tous les biens, parts, actions, droits et intérêts détenus par ELF-ALGERIE dans REPAL» (3).

En contrepartie, l'entreprise publique cessionnaire devra verser conjointement à SOFREPAL et SOPEFAL un prix dont la somme est égale à «un montant calculé aux taux de un million de dollars des Etats-Unis d'Amérique par centième du capital social de REPAL d étenu par ELF-ALGERIE» et à «un montant égal à quatre vingt-sept pour cent de la partie des sommes de douze cents des Etats-Unis d'Amérique versées par baril de pétrole brut (4) et qui n'aurait pas été affectée...» (5).

Le versement de cette somme sera effectué à la banque désignée par les sociétés intéressées en six échéances annuelles égales. Mais ce prix ne sera pas productif d'intérêt.

Enfin, il est prévu que le règlement du passif des compagnies étrangères cédantes restera entièrement à leur charge (6). Problème sur lequel ne se prononce pas expressément le protocole Getty.

---

(1) - V. art. 8.1, accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association Berkaoui Ben Kahla ; Art. 7.1, accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association REPAL ; Art. 8.1, Accord Sonatrach-CFP relatif à l'association ALREP ; Art. 12.1, Accord Sonatrach-ELF ALGERIE.

(2) - V. Art. 8.2, Accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association Berkaoui Ben Kahla ; Art. 7.2, Accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association REPAL ; Art. 8.2, Accord Sonatrach - CFP relatif à l'association ALREP ; Art. 12.2, Accord Sonatrach-ELF ALGERIE.

(3) - V. également dans le même sens : Art. 8.3, Accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association Berkaoui Ben Kahla ; Art. 8.3, a, Accord Sonatrach-CFP relatif à l'association ALREP ; Art. 12.3, a, Accord Sontrach-ELF ALGERIE.

(4) - Sur l'obligation du versement de cette somme de douze cents des Etats-Unis d'Amérique, v. Supra, p. 155 et s.

(5) - V. Art. 7.3, b, Accord Sonatrach-ERAP relatif à l'association REPAL ; Art. 8.3. b, Accord Sonatrach-CFP relatif à l'association ALREP. En revanche l'accord Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association Berkaoui Ben Kahla et l'accord Sonatrach-Elf Algérie se distinguent en ce qui concerne le calcul du prix. Aux termes de l'article 8.3 b, du premier, le prix «sera égal à un montant calculé aux taux de cinquante mille dollars des Etats-Unis d'Amérique par centième d'intéressement dans l'association». Selon l'article 12.3 b, du second, le prix «sera égal à la contre valeur en dollars des Etats-Unis d'Amérique, à la parité officielle en vigueur au 31 Décembre 1975, de soixante-dix pour cent de la valeur résiduelle cumulée des investissements consacrés par Elf-Algérie aux travaux de développement, telle que cette valeur, arrêtée au 31 Décembre 1975, ressortira des comptes d'Elf-Algérie relatif à l'association».

(6) - V. Art. 8.3, c, Accord de Sonatrach-CFP-ERAP relatif à l'association Berkaoui Ben Kahla ; Art. 8.1, c, Accord Sonatrach-CFP relatif à l'association ALREP ; Art. 7.3, c Accord Sonatrach ERAP relatif à l'association REPAL.

SECTION II
LA CESSION INTEGRALE DES INTERETS ET LE PROTOCOLE ETAT-GETTY

Le protocole conclu entre l'Etat et la compagnie américaine Getty le 19 Octobre 1968 ne consacrait aucune disposition à la cessation volontaire d'activité par cette dernière. Il a fallu attendre l'intervention de l'avenant du 27 Mai 1972, et plus précisément de son article 9, pour le compléter sur ce point.

Aux termes de l'article 36 Bis, qui lui a été ainsi ajouté, le protocole stipule qu'«après avoir rempli les engagements financiers souscrits sur les permis détenus en associtìon avec la société nationale So natrach et les engagements de dépenses convenus en application de l'article 28 de l'accord du 19 Octobre 1968, Getty pourra notifier à l'administration compétente son intention de mettre fin à l'ensemble de ses activités pétrolières en Algérie et de céder à Sonatrach la totalité (de son) patrimoine».

Contrairement aux accords négociés avec les sociétés françaises, ce protocole ne détermine pas le prix à l'avance. Il se contente tout simplement de prévoir la constitution, en temps opportun, d'une commission composée de représentants de la Sonatrach et de Getty, et qui aura pour mission de définir les conditions de la cession et les modalités de paiement du prix. La compétence de cette commission se trouve cependant limitée à un double point de vue : dans l'évaluation du patrimoine cessible, elle ne devra pas tenir compte des éléments ayant pour origine les dépenses réalisées pour les travaux de recherche sur les permis détenus conjointement avec la Sonatrach (1) ; en ce qui concerne la définition des modalités de paiement, elle devra prendre des mesures permettant à la compagnie Getty de disposer à l'extérieur d'Algérie, et en dollars des Etats-Un is d'Amérique, des fonds correspondant aux prix de cession convenu.

Aussitôt que les parties se seront mises d'accord sur les conditions de la cession, la filiale constituée par Getty en Algérie fera l'objet d'une dissolution, après avoir transféré la totalité de ses actions à la Sonatrach.

Cette opération de cession, à l'inverse de celle qui est susceptible d'être réalisée par les compagnies françaises, est exemptée, par l'article 36 Bis, in fine, du protocole, de tout impôt, c'est-à-dire essentiellement du droit de l'enregistrement.

Ainsi donc, une société étrangère peut, de son plein gré, et à tout moment, mettre fin à son établissement sur notre territoire. Il peut arriver également qu'elle y soit obligée par l'intervention d'une mesure de nationalisation.

---

(1) - Sur la détention conjointe des titres entre Sonatrach et Getty, V. Supra, p. 145 et s.

CHAPITRE II-

LA NATIONALISATION

Bien que le droit de nationaliser soit considéré comme une prérogative intangible de tout pays et reconnu comme telle par les Nations-Unies (1), l'article 8 du code des investissements prend cependant la précaution de le réaffirmer expressément ; dans le but, il est vrai, de cantonner sa mise en œuvre dans certaines limites. Il édicte que les entreprises agréées conformément aux dispositions de l'ordonnance du 15 Septembre 1966 (2), qu'elles soient étrangères ou locales, pourraient faire l'objet d'une reprise par l'Etat au cas où l'intérêt public l'«exigerait impérativement». Etant entendu qu'une telle mesure ne serait prononcée, à l'opposé de celles qui ont été promulguées au lendemain de l'indépendance (3), que par un acte de nature législative.

Cette expropriation pour cause d'utilité publique comporterait paiement, de plein droit, et dans un délai maximum de neuf mois, d'une «indemnité égale à la valeur nette, fixée contradictoirement à dire d'experts, des éléments patrimoniaux repris par l'Etat». Indemnité dont le montant incluera, notamment, tous les frais d'établissement qui n'auront pas été amortis et les intérêts calculés sur la dite somme au taux légal pour une durée de deux années.

Enfin, le législateur garantit le transfert à l'étranger de cette indemnité. A condition, toutefois, que le bénéficiaire ne soit pas un ressortissant algérien et que l'investissement ait été réalisé avec des fonds importés de l'extérieur (4).

Comme on peut le constater, toutes les difficultés pouvant naître d'une nationalisation (5) semblent trouver, et de façon anticipée, une solution. A l'exception d'une seule cependant : le code des investissements reste absolu-

---

(1) - V. Résolution n.- 2625 (XXV) de l'A.G. des Nationes-Unies du 24 Octobre 1970 ; Résolution 3201 (S. VI) adoptée par l'A.G. des Nationes-Unies (session extraordinaire) du 1er Mai 1974.

(2) - Sur l'agrément des entreprises, V. Supra, p. 181 et s.

(3) - V. Infra, p. 406.

(4) - Sur ces conditions, V. Supra, p. 230 et s.

(5) - Sur ce problème, v. notamment : G. VEDEL, la technique des nationalisations, Droit Social, 1945, p. 49 ; G. LYON-CAEN, les diverses formules de nationalisation, Droit Social, 1945, p. 41 ; J. BOULOUIS, le collogue sur le droit des nationalisations, Rev. int. dr. comp., 1958, p. 374 ; P. DUBELLOY, des nationalisations et autres expropriations publiques en droit international privé comparé, thèse dacty., Paris, 1958 ; PUGET, les nationalisations à l'étranger, Sirey, Paris, 1958 ; SARRAUTE ET TAGER, les effets en France des nationalisations, J. dr. int., 1952 p. 496 et 1138 ; K. KATZAROV, thorie de la nationalisation, éd. de la Baconnière, Neuchâtel, 1961 ; MUNCH, les effets d'une nationalisation à l'étranger, Rec. Cours Acad. dr. int., 1959, III, p. 495 ; EL-KOCHERI, les nationalisations dans les pays du Tiers Monde devant le juge occidental, Rev. crit. dr. int. priv. 1967, p. 249.

ment muet sur le sort qui devrait être réservé au passif de l'entreprise qui serait nationalisée. Un tel passif devrait-il être considéré comme étant d'office transféré en même temps que l'actif à l'auteur de l'expropriation ?

Question d'autant plus importante qu'elle se pose déjà, mais à propos des mesures de dépossession intervenues au lendemain de l'accession de notre pays à la souveraineté, et qu'elle divise la jurisprudence et la doctrine française.

Il convient dès l'abord de limiter le champ de cette étude. Le problème inhérent à la charge du passif ne sera abordé que dans la mesure où sa source est constituée par une véritable nationalisation. C'est dire qu'il ne sera pas discuté lorsqu'il résulte notamment d'une simple déclaration de vacance. Il nous paraît superflu, en effet, de disserter longuement sur le prétendu transfert à l'Etat des dettes des entreprises entrant dans cette catégorie (1), alors qu'il n'y a pas eu nationalisation dans ces diverses hypothèses et que le défaut même de toute indemnisation se justifie (2). C'est d'ailleurs à cette solution que se sont ralliées la jurisprudence algérienne (3) et une partie non négligeable de la jurisprudence française (4). Et bien que ce soit pour des raisons différentes, la Cour de Cassation a, elle aussi, refusé d'admettre la transmission du passif des entreprises déclarées vacantes à la charge de notre pays (5).

Sans avoir besoin de rechercher au préalable la loi applicable puisque la compétence du droit algérien des nationalisations est incontestée (6), il reste à s'interroger sur la question de savoir si une nationalisation au sens précis du terme engendre dans tous les cas, comme l'a soutenu, un effet libératoire du

---

(1) - V. particulièrement : P. CHARDENON, dettes des rapatriés et nationalisations algériennes, cl. 1967-290 et s. Y. LOUSSOUARN, le sort du passif des entreprises françaises victimes de mesures de dépossession algérienne, J.C.P. 1968, doct. 2140. S'agissant de la jurisprudence, V. les décisions citées par ces auteurs et à titre d'illustration : Cour d'Appel de Montpellier, 4 Mai 1966, JCP. 1966-II-14867 ; Cour d'Appel de Paris, 3 Mars 1970, JCP. 1970-16330.

(2) - V. Supra, p. 13 et s.

(3) - Cour d'appel d'Alger, 1ère Ch. Civ., 23 Juin 1965, G.P. 1965-2-238, note A. CHANASSIA ; Cour d'Alger, Ch. Adm., 31 Mai 1967 et Cour d'Alger, 3ème Sect. Civ., 18 Octobre 1967, J.C.P. 1968-II-15398. Cour Suprême, Ch. Admi., 20 Avril 1966, Annuaire de la Justice, 1966-1967, p. 369.

(4) - Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 26 Mai 1966, D. 1966-S. 106 ; Cour d'Appel de Paris, 1ere Ch., 17 Janvier 1967, D. 1967-J-82, note J. RIBES ; JCP. 1967-II-15032, Concl. SELTENSPERGER ; Cour d'Appel de Paris, 3ème Ch., 6 Janvier 1967, Trib. Inst. Paris, 21 Janvier 1967, Trib. Gde Inst. Seine, 5ème Ch. 24 Mai 1967, JCP 67-II-15241, Cour d'Appel d'AIX-en-Provence, 9 Février 1967, D. 1968, Som. p. 6.

(5) - Cass. 1ère Ch. Civ., 23 Avril 1969 (3 Arrêts), Rev. Crit. dr. int. priv. 1969-717, note SCHAEFFER ; Cass. Civ. 5 Mai 1971, Bull. Civ. 1971-I-125 ; Cass. 1ère Ch. Civ., 18 Juin 1969, G.P. 1969-2-245 ; Cass. Civ. 6 Octobre 1969-I-271 et 273.

C'est également la même solution qui a été adoptée à propos des exploitations agricoles déclarées «biens de l'Etat» : Cass. Civ., 1ère Ch., 6 Octobre 1969, Bull. Civ. 1969-I-226 ; Cass. Civ., 1ère Ch., 16 Février 1970, Bull. 1970-I-45 et 46 ; Cass. Civ., 1ère Ch., 28 Mai 1970, Bull. Civ. 1970-I-144 ; Cass. Civ., 1ère Ch., 14 Avril 1970, Bull. 1970-I-90.

(6) - V.P. CHARDENON, Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes, op. cit., p. 229 et s ; Y. LOUSSOUARN, le sort du passif des entreprises françaises victimes de mesures de dépossession algérienne, op. cit., n.- 6 et s.

débiteur originaire. Aussi convient-il d'exposer cette thèse (Section I) avant de l'apprécier (Section II).

SECTION I
EXPOSE DE LA THESE
DU TRANSFERT DU PASSIF

Le législateur prend quelquefois la précaution de transférer à la puissance publique ou à un organisme dépendant d'elle l'actif de l'entreprise faisant l'objet d'une nationalisation et l'ensemble de ses obligations. Ce procédé a été utilisé notamment lors de la nationalisation des meuneries, semouleries et fabriques de pâtes alimentaires (1) et de celle des mines (2). Dans de telles hypothèses, il n'y a aucune difficulté en ce qui concerne le sort du passif, puisque la loi elle-même prend soin de constituer l'entreprise nationale débitrice des obligations transférées et de libérer corrélativement le débiteur originaire.

C'est uniquement lorsque le législateur évite de prendre expressément position sur ce dernier point que l'incertitude fait son apparition. Il en est, par exemple, ainsi dans le cas de la nationalisation des cinémas (3), de la société des chantiers Warot (4), de la société d'exploitation des bois et contreplaqués en Algérie (5), de la société «Comptoir forestier» (6) des établissements Jules Giraud et Cie bois (7) et de la société d'exploitation des hydrocarbures de Hassi R'Mel (8).

C'est en partant de cette situation, caractérisée par l'absence de toute disposition réglant le sort du passif, que des juridictions françaises ainsi que la

---

(1) - Décret n.- 64.138 du 22 Mai 1964 portant nationalisation des meuneries, semouleries et fabriques de pâtes alimentaires et couscous, J.O.R.A. du 29 Mai 1964, p. 611.

(2) - Ordonnance n.- 66.93 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la Société des Mines de l'Ouenza ; Ord. 66.94 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la Société des Mines de SIDI KAMBER ; Ord. n.- 66.95 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des minières et carrières de RIVET EL MADEN ; Ord. 66.96 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société nouvelle des Mines d'AIN BARBAR ; Ord. 66.97 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société de la Vieille Montagne dans son activité d'exploitation des mines de HAMMAM N'BAILS et des mines de l'OUARSENIS ; Ord. n.- 66.98 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société nouvelle des mines d'AIN ARKO ; Ord. n.- 66.99 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société algérienne du zinc ; Ord. n.- 66.100 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des mines de fer de Miliana dans son activité d'exploitation de la mine d'EL HALIA ; Ord. n.- 66.101 du 6 Mai 1966 portant nationalisation de la société des mines de fer du Khanget El Mouhad. Pour toutes ces ordonnances, v. J.O.R.A. du 6 Mai 1966, p. 342 à 344.

(3) - Décret n.- 64.241 du 19 Août 1964 relatif à la nationalisation des cinémas, J.O.R.A. du 27 Octobre 1964, p. 1159.

(4) - Ord. n.- 70.14 du 6 Février 1970, J.O.R.A. du 27 Février 1970, p. 232.

(5) - Ord. n.- 70.18 du 6 Février 1970, J.O.R.A. du 27 Février 1970, p. 232.

(6) - Ord. n.- 70.19 du 6 Février 1970, J.O.R.A. du 27 Février 1970, p. 232.

(7) - Ord. n.- 70.15 du 6 Février 1970, J.O.R.A. du 27 Février 1970, p. 231.

(8) - Ord. n.- 71.8 du 24 Février 1971, J.O.R.A. du 25 Février 1971, p. 226.

doctrine en ont déduit son transfert à notre pays. Pour aboutir à cette solution, elles ont - explicitement ou implicitement - utilisé le même raisonnement : puisque ce principe est définitivement adopté en droit français (§ 1), il n'y a plus qu'à recourir à une transposition pure et simple en droit algérien (§ 2).

§ 1 - L'ADOPTION DU PRINCIPE DU TRANSFERT DU PASSIF EN DROIT FRANÇAIS -

Bien que la plupart des textes français de nationalisation contiennent une disposition formelle portant dévolution du passif à la société nationale, il peut parfois arriver que le législateur français, tout comme le législateur algérien, garde le silence sur son devenir. Il en a été ainsi dans la loi du 11 Mai 1946 créant la Société Nationale des Entreprises de Presse. En ce qui la concerne, on a même estimé que loin de faire obligation à l'Etat ou à la S.N.E.P. de prendre en charge des dettes des entreprises dont l'actif a été transféré, «tout au contraire, l'article 1er (de cette loi) semble, à priori, très restrictif puisque sont seulement susceptibles de transfert les biens corporels ou incorporels constituant les éléments d'actif des entreprises et les moyens de tous ordres ayant servi au fonctionnement desdites entreprises» (1).

Cela n'a pourtant pas empêcher la Cour de Cassation d'affirmer, dans deux arrêts du 15 Juin 1950, que la S.N.E.P. doit acquitter le passif dont sont grévés les biens qui lui ont été transférés (2). Et la doctrine unanime appuie cette solution. «Le transfert du passif étant de l'essence même de toute nationalisation d'entreprise, peu importe que le législateur l'ait ou non expressément prévu dans le décret de nationalisation. S'il n'a rien dit, la nature même de la nationalisation commande de considérer qu'il l'a implicitement édicté» (3). On admet, en outre, que cette prise en charge a pour effet de libérer le débiteur originaire. Cette conséquence, qui est d'ailleurs approuvée par les auteurs (4), a été tirée par la Cour de Cassation, dans quatre arrêts rendus également à propos de la S.N.E.P., le 26 Juin 1950 (5).

---

(1) - LAVAN, le transfert du passif des entreprises de presse dont les biens ont été transférés à l'Etat, J.C.P. 1950-I-873.

(2) - J.C.P. 1950-II-5713 ; V. dans le même sens : Paris, 1ère Ch., 21 Décembre 1949, J.C.P. 1950-II-5440.

(3) - Y. LOUSSOUARN, le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algérienne, op. cit. n.- 23 ; cf. également dans le même sens : G. VEDEL, la technique des nationalisations, Droit Social 1946, pp. 54 et 55 ; Droit Administratif, 1961, p. 521 ; DE SOTO, Encycl. Dall. Droit Civil, V° Nationalisation, n.- 10 ; RIVERO, le régime des nationalisations, 1948, n.- 100 et 113 ; P. CHARDENON, Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes, op. cit., p. 322 ; F. GIVORD, les dettes des rapatriés, le droit et l'équitié, op. cit., p. 17 ; H. BATIFFOL, Problèmes actuels des nationalisations en droit international privé, Travaux du Comité International Privé, 23ème et 25ème année, p. 204 ; A. GHANASSIA, note s. Toulouse, 2ème Ch., 14 Novembre 1966, J.C.P. 1967-II-15083 ; R. RODIERE ET R. RIBES, s note s. Trib. Com. Seine, 27 Juillet 1965, D. 1966-262 ; JD. BREDIN, note s. Aix, 2 Décembre 1965, cl. 1966-I-117.

(4) - V. L. JACQUIGNON, le régime des biens des entreprises nationalisées, 1954, t. 1, n.- 52.

(5) - S. 1951, 1, 18 ; Bull. Civ. 1950, II, n.- 229, p. 158 ; GP. 1950, 2, 220.

Ce sont ces règles classiques du droit français des nationalisations que les débiteurs, dont l'exploitation a été touchée par une mesure de dépossession, ont prétendu transposer en droit algérien afin d'échapper à l'action de leurs créanciers.

§ 2 - LA TRANSPOSITION DU PRINCIPE DU TRANSFERT DU PASSIF EN DROIT ALGERIEN -

C'est dans le but de libérer complètement les débiteurs de leurs obligations et de mettre celles-ci à la charge de l'Algérie, que la jurisprudence française n'a pas hésité à «algérianiser» le principe du transfert du passif dont la validité n'a été reconnue qu'en France et dans certains autres pays développés. C'est ainsi qu'une illustration d'une telle transposition peut être trouvée dans l'affirmation selon laquelle il est «conforme aux principes des nationalisations découlant de la législation française en la matière et donc à l'ordre public français que le passif des entreprises nationalisées suive leur actif et soit transféré avec lui à la personne dévolutaire...» (1). Sans doute, pour ne point encourir le reproche d'étendre à une législation une règle énoncée par une autre qui lui est étrangère, la Cour d'Appel de Nancy tente de justifier l'emprunt qu'elle fait : «lorsque l'ensemble des éléments actifs du patrimoine d'une société de fait située en Algérie a été nationalisé, considère-t-elle, la société de fait se trouve déchargée du passif qui est assumé par la nouvelle personne morale, laquelle doit se substituer à elle suivant les règles du droit international consacrées de façon implicite par les Accords d'Evian» (2).

La doctrine est, elle aussi, pleinement d'accord pour considérer que, en l'absence «de jurisprudence algérienne» et en faisant donc référence à de prétendus principes généraux des nationalisations, la dévolution du passif à l'Algérie est incontestable (3).

C'est la justesse de cette thèse par rapport à notre droit positif qu'il convient

---

(1) - Montpellier, 7 Février 1967, D. 1968 - Somm. p. 6. Dans le même sens, v. Montpellier, 4 Mai 1966, JCP 1966-II-14867 ; Paris, 25 Mai 1966, JCP 1966-II-14868 ; Trib. Com. Aix, 8 Mars 1965, D. 1966, 593, note GHANASSIA. Bien qu'elle ait refusé de faire application de la règle dans l'espèce en se fondant sur le fait que l'exploitation considérée n'était pas constituée en «unité patrimoniale indivisible», la Cour d'Appel de Paris (arrêt du 31 Mai 1966, D. 1966, Somm. 106) n'en a pas moins admis le principe : «lorsqu'une nationalisation est conforme au droit public international, c'est-à-dire, notamment lorsqu'elle consacre le droit à indemnisation, l'expropriation est radicale, ce qui entraîne le transfert intégral à l'Etat qui en est bénéficiaire du passif comme de l'actif du patrimoine objet de la nationalisation ; il importe peu, dès lors, qu'un décret portant nationalisation des cinémas n'ait pas, comme un décret antérieur du 22 Mai 1964, portant nationalisation des meuries, semouleries et fabriques de pâtes alimentaires et couscous, exprimé que «l'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises sont transférés aux entreprises nationales qui leur sont substituées».

(2) - Cour d'Appel de Nancy, 22 Avril 1966, D. 1966-J-563.

(3) - V. F. GIVORD, op. cit., p. 18 ; Y. LOUSSOUARN, op. cit., n.- 21.

de vérifier à présent.

SECTION II
APPRECIATION DE LA THESE
DU TRANSFERT DU PASSIF

C'est à travers l'analyse d'une importante décision de la Cour Suprême que nous aurons la meilleure occasion d'apprécier cette thèse. En effet, même si elle n'a été rendue qu'à propos d'un «bien de l'Etat», les principes qu'elle énonce sont suffisamment compréhensifs pour être applicables sans aucune difficulté à une véritable nationalisation. Ceci est d'autant plus vrai que l'arrêt semble faire une fâcheuse confusion terminologique entre les deux mesures de dépossession.

Un avocat français d'Alger, qui était propriétaire d'un domaine agricole, avait obtenu au cours de l'année 1963 de la Compagnie Française de Crédit et de Banque un prêt en contrepartie de la souscription de cinq billets à ordre.

Assigné le 7 Avril 1966 par sa créancière devant la chambre commerciale du Tribunal de Grande Instance d'Alger en remboursement, le débiteur, dont l'exploitation avait été déclarée bien d'Etat en application du décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963 (1), soutient que le prêt en question représente un passif de son ex-domaine et que la banque devait, par conséquent, agir contre l'administration. Subsidairement il demande un sursis à statuer jusqu'au moment où la Cour d'Alger, qu'il avait lui-même saisie sur cet objet, rendra un arrêt.

Devant ladite Cour, statuant en matière adiministrative, le propriétaire dépossédé a effectivement introduit une action contre l'Etat, l'Office National de la Réforme Agraire et la Compagnie Française de Crédit afin qu'elle dise que la charge du passif grévant son ancienne exploitation se trouve transférée aux deux personnes morales publiques.

Par son arrêt du 31 Mai 1967 (2), la juridiction administrative met d'abord hors de cause la banque, qui soutenait que son débiteur étant, en vertu de l'article 2092 du code civil, tenu personnellement de remplir ses engagements sur son patrimoine, elle était donc étrangère au litige. Parallèlement, elle refuse, en se fondant sur l'article 12 du décret 63.388 du 12 Mars 1963 (3), de trans-

---

(1) - Sur la notion de «bien d'Etat», v. Supra, p. 105 et s.

(2) - Cour d'Alger, Ch. Adm. 31 Mai 1967, JCP 1968-II-15398.

(3) - L'article 12 du décret n.- 63.388 du 12 Mars 1963, portant réglementation des biens vacants (J.O.R.A. du 22 Mars 1963, p. 1015) dispose : «aucune poursuite ou voie d'exécution ne pourra être exercée contre des biens déclarés vacants à raison d'obligations antérieures à la date d'entrée en vigueur de l'état de vacance, le règlement de ces obligations devant faire l'objet de textes ultérieurs». Il convient de noter que cette disposition a donné lieu à diverses interprétations : certains auteurs (JD. BREDIN, note s. trib. comm. Lille, 5 Juillet 1965, cl. 1966-357 ; A. GHANASSIA, note s. Toulouse, 2ème Ch., 14 Novembre 1966, JCP 1967,II-15083) l'ont invoquée pour tenter de justifier la prise en charge du passif par l'Algérie ; les créanciers ont essayé d'en déduire une absence de transfert de ce passif. Mais cet article «veut dire surtout, comme on l'a écrit (SELTENSPERGER, concl. s. Paris, 1ère Ch., 17 Janvier 1967, JCP 1967-II-15032), que l'Etat Algérien, qui avait mis en place des comités de gestion, voulait que ceux-ci ne soient pas entravés dans leurs missions par des saisies et autres voies d'exécution».

férer ladite dette à l'Etat.

En développant la même argumentation, le débiteur interjette appel. Mais la Cour Suprême confirme par son arrêt du 14 Février 1969 (1) la décision de rejet rendue par les premiers juges. Pour parvenir à ce résultat, la Haute juridiction administrative, tout en affirmant l'inopportunité du recours à l'article 12 précité, énonce un principe fondamental - opposé à la règle traditionnelle - selon lequel il ne saurait y avoir dévolution à l'Etat du passif grévant une entreprise ayant fait l'objet d'une expropriation en l'absence d'une disposition expresse (§ 1). D'autant plus, ajoute-t-elle de façon surabondante, qu'en l'espèce l'entreprise considérée ne possède pas de personnalité morale (§ 2) et que la «novation par substitution d'un nouveau débiteur ne peut résulter que de la volonté du créancier et du débiteur substitué (§ 3).

§ 1 - L'EXCLUSION DU TRANSFERT DU PASSIF EN L'ABSENCE D'UNE DISPOSITION EXPRESSE -

Pour montrer à quel point le principe adopté par la Cour Suprême est éloigné de la thèse selon laquelle il y aurait lieu de transposer en droit algérien les règles françaises de nationalisation, il suffit de rapporter l'attendu qui le contient : «que l'absence, dans le décret du 1er Octobre 1963 déclarant biens de l'Etat les exploitations agricoles, de toute disposition analogue à celles qui figurent dans certaines autres décisions de nationalisation prévoyant le transfert de l'ensemble des biens, droits et obligations d'entreprises nationalisées aux organismes qui leur sont substituées (ex-décret du 22 Mai 1964 sur les meuneries et semouleries) montre que la puissance publique a entendu, en ce qui concerne les exploitations agricoles, réserver entièrement sa décision en ce qui a trait à une éventuelle indemnité d'expropriation ; qu'on ne saurait donc, comme y invite le sieur B., parler de prise en charge du passif grévant le bien nationalisé».

On peut sans doute reprocher à cet attendu - qui ne fait, comme on le voit, aucune distinction entre un bien déclaré d'Etat et un bien nationalisé - de manquer un peu de rigueur ; puisque la première proposition du raisonnement qu'il contient part du défaut de disposition transférant l'ensemble des biens, droits et obligations et qu'il en conclut d'abord que le législateur réserve sa décision en ce qui concerne l'indemnisation ; au lieu d'en déduire directement son refus de prendre en considération la prétendue dévolution du passif. Mais, même s'il emprunte un chemin détourné, il n'en demeure pas moins que le principe qu'il énonce est incontestable. Et la doctrine de cet arrêt mérite d'être approuvée parce qu'elle ne fait que traduire la volonté du législateur. En effet, si celui-ci prend expressément en charge les obligations de certaines entreprises touchées par une mesure de nationalisation (2), et ne se contente que d'édicter l'expropriation de l'actif de certaines autres (3), cela veut dire, a contrario, qu'il

---

(1) - Annuaire de la Justice, 1969, p. 131, V. Annexe V.
(2) - cf. Supra, p. 263 notes 1 et 2.
(3) - cf. Supra, p. 263 notes 3, 4, 5, 6, 7 et 8.

consent à acquitter les dettes des premières et non des secondes. Le silence gardé par le législateur est d'autant plus révélateur, au moins dans cette hypothèse : sur les cinq ordonnances portant nationalisation publiées au Journal Officiel du 30 Juillet 1968, une seule prévoit formellement le transfert du passif à l'organisme public attributaire de l'actif (1), alors que les quatre autres restent absolument muettes sur ce point (2).

La Cour Suprême met donc ainsi à jour l'erreur de ceux qui ont prétendu étendre à l'Algérie une théorie élaborée pour la France et la plupart des pays développés en dépit de la différence profonde qui sépare ces deux pays en ce qui concerne les conditions politiques, économiques et sociales.

Mais au lieu de s'en tenir à son affirmation de principe, elle a cru utile de pousser plus en avant son raisonnement en ajoutant que la prise en charge du passif par l'Etat ne peut surtout pas être invoquée lorsque l'entreprise dépossédée ne constitue pas une personne morale, et ce, sans craindre de se contredire à la limite.

§ 2 - L'EXCLUSION DU TRANSFERT DU PASSIF LORSQUE L'ENTREPRISE DEPOSSEDEE N'EST PAS UNE PERSONNE MORALE -

Le débiteur originaire, estime-t-elle, est encore moins susceptible de se libérer de ses obligations que l'exploitation agricole dont il a été exproprié ne possède «point de personnalité morale non plus qu'un patrimoine distinct (de son) patrimoine personnel».

Cette notion d'unité du patrimoine a également été utilisée par la jurisprudence française pour refuser de reconnaître la dévolution des dettes soit lorsque le bien exproprié appartenait à une personne physique (3), soit lorsqu'il appartenait à une personne morale dont l'actif n'avait pas été intégralement touché par la mesure de dépossession (4).

En faisant de la sorte référence à cette idée - même si c'est de manière subsidiaire - l'arrêt du 14 février 1969 semble contredire quelque peu le principe fondamental qu'il a édicté ; puisqu'il laisse supposer, a contrario, qu'il y aurait transfert du passif lorsque la nationalisation porte sur un patrimoine

---

(1) - Ordonnance n.- 68.459 du 24 Juillet 1968 portant nationalisation de la compagnie minière et phosphatière, J.O.R.A. du 30 Juillet 1968, p. 881.

(2) - Ordonnance n.- 68.450 du 23 Juillet 1968 portant nationalisation des biens, parts, droits et intérêts de la société algérienne de construction mécanique, de la société oranaise de construction métallique, des établissements Ben Ayan, Ibid, p. 880 ; Ordonnance n.- 68.451, du 23 Juillet 1968 portant nationalisation des biens, parts, droits et intérêts de la société nouvelle des comptoirs numidiens... Ibid, p. 880 ; Ordonnance n.- 68.452 du 23 Juillet 1968 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts des établissements Varel, Ibid, p. 881 ; Ordonnance n.- 68.453 du 23 Juillet 1968 portant nationalisation des biens, parts, droits et intérêts des établissements Gauthier, Ibid, p. 881.

(3) - V. Paris, 3ème Ch., 12 Janvier 1966, JCP 1966-II-14866, note J. RIBS.

(4) - V. Paris, 1ère Ch., 17 Janvier 1967, JCP 1967-II-15032, concl. SELTENSPERGER ; Paris, 31 Mai 1966, D. 1966, Somm. p. 106.

entier, c'est-à-dire sur une société. Or, outre que son contenu est en opposition avec l'affirmation selon laquelle aucune dette ne saurait être transférée à l'Etat sans une disposition expresse, cet attendu n'est pas conforme avec la politique suivie par le législateur, et qui consiste à prévoir quelquefois un transfert des obligations alors même qu'il ne nationalise qu'une simple entreprise (1) ou à ne s'approprier que l'actif bien qu'il nationalise une personne morale (2).

C'est dire que le principe de l'unicité du patrimoine, qui garde toute sa signification tant qu'ils'agit de trouver une solution à un conflit régi par le droit commun, doit s'effacer dans la mesure où il s'avère incompatible avec une mesure aussi exorbitante que la nationalisation. D'autant plus que si la volonté formelle du législateur est apte à faire échec au droit de propriété, cette volonté - même si elle n'est qu'implicite - suffit à mettre en échec la règle de l'unité du patrimoine.

A supposer même que la règle de l'universalité du patrimoine ne heurte pas le droit de la nationalisation, elle risque de s'opposer aux principes qui régissent la novation par changement de débiteur.

§ 3 - L'EXCLUSION DE LA NOVATION PAR SUBSTITUTION DE DEBITEUR EN L'ABSENCE DE LA VOLONTE DU DEBITEUR ET DU CREANCIER -

«Il est de principe, considère enfin la Cour Suprême, que la novation par substitution d'un nouveau débiteur ne peut résulter que de la volonté du créancier et du débiteur substitué» (3). Au-delà de son caractère surabondant, cette affirmation mérite d'être un peu nuancée. En effet, la novation par changement de débiteur suppose toujours, contrairement à ce qui a été jugé quelquefois (4), un consentement du créancier : l'article 1275 du code civil édicte que : «la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation». Mais s'il est vrai que cette novation implique également dans la plupart des cas le consentement du premier débiteur, il peut arriver qu'elle s'opère, en vertu de l'article 1274 du code civil, sans son concours. Car comme on l'a écrit fort justement, «du moment qu'un tiers quelconque peut libérer un débiteur en payant pour lui (Art. 1236), il peut le libérer en s'obligeant pour lui, mais il faut le consentement du créancier» (5).

---

(1) - V. à titre d'exemple : décret n.- 64.138 du 22 Mai 1964 portant nationalisation des meuneries, semouleries et fabriques de pâtes alimentaires et couscous, J.O.R.A. du 29 Mai 1964, p. 611.

(2) - V. Ordonnance n.- 70.15 du 15 Février 1970 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts de la société Jules Giraud et Cie Bois, dont le siège est à Oran, J.O.R.A. du 27 Février 1970, p. 231.

(3) - Dans le même sens, V. Paris, 3ème Ch., 6 Janvier 1967, JCP. 1967-II-15241.

(4) - V. Montpellier, 4 Mai 1966, JCP, 1966-II-14867 ; Toulouse, 2ème Ch., JCP 1967-II-15083 ; Lyon, 1ère Ch., 5 Avril 1967, Cl. 67-859, note P. Ch.

(5) - A. WEILL, les obligations, Précis Dall., 1971, p. 952.

CONCLUSION GENERALE

Les diverses mesures d'incitation qui ont été édictées révèlent que l'intervention du capital étranger sur notre territoire est encouragée. Mais cette activité ne peut pas s'exercer en toute liberté. Elle est soumise à une étroite surveillance de l'administration. Et l'illustration de ce contrôle – commandé essentiellement par une volonté de sauvegarder notre indépendance – apparaît aussi bien au stade de la détermination de la société étrangère qu'à celui de sa condition.

Mettant un terme à l'assimilation abusive de la personne morale à la personne physique, on doit considérer que la recherche de la loi applicable à une société doit être, contrairement à l'enseignement de la doctrine classique, dissociée de la détermination de sa nationalité.

La question de savoir à quelle législation doit être soumis le statut d'un groupement ne trouve alors une réponse - surtout lorsque celui-ci exerce une activité dans un pays voie de développement - que dans un retour à un véritable territorialisme. Cette solution qui pourrait paraître excessive à certains est en tout cas justifiée sur le plan juridique, sans qu'elle nuise pour autant aux relations économiques internationales.

De nombreux arguments peuvent en effet être invoqués à son appui. Ils résultent notamment de l'inadaptation des critères traditionnels, compte tenu des critiques qui sont respectivement adressées à ceux de l'autonomie de la volonté, du contrôle, et plus particulièrement du siège social ; du défaut de tout fondement sérieux susceptible de légitimer l'extraterritorialité du droit des sociétés en raison de son caractère d'ordre public ; et de ce que la solution territorialiste, tout en protégeant au mieux nos intérêts face à la puissance des groupes multinationaux, s'impose d'autant plus qu'elle constitue le corollaire immédiat de la souveraineté et qu'elle est, de ce fait, explicitement ou implicitement, affirmée par le législateur.

Le système proposé présente en outre l'avantage de ne pas troubler, comme on l'a soutenu, les relations commerciales internationales.

Bien qu'il soit théoriquement intransigeant, le territorialisme ne va en fait avoir une portée absolue que lorsque l'établissement de la société étrangère emprunte le procédé de la filiale. Mais dans une telle hypothèse on ne voit vraiment pas comment il pourrait nuire à la permanence du statut de la personne morale, car l'autonomie de la filiale l'autorise à relever d'une allégeance juridique différente de celle à laquelle se trouve soumise sa société-mère.

C'est uniquement dans la mesure où la firme étrangère s'installe par le biais d'une succursale - ce qui devient de plus en plus une exception - que la règle de la territorialité risque d'être un obstacle au maintien de l'unité du statut de la personne morale. Un tel risque est cependant plus théorique que réel. La portée de la loi du for se restreindra nécessairement au niveau de l'exercice des droits : si le juge du lieu de situation de la succursale peut être saisi à propos de litiges ayant trait à l'activité de celle-ci, il n'aura, en revanche et pour les raisons déjà invoquées, que rarement l'occasion d'être amené à trancher des conflits

touchant directement les rapports sociaux. Or c'est seulement dans une hypothèse inverse, c'est-à-dire dans un cas vraiment exceptionnel, que la mise en œuvre du territorialisme peut faire échec à la permanence du statut de la société. Inconvénient qui paraît mineur, surtout si on le compare aux difficultés et à l'incertitude résultant de l'utilisation du système classique.

Si la détermination de la législation applicable à une personne morale n'implique pas la découverte préalable de sa nationalité, il en va tout autrement dès que l'on se place sur le terrain de la jouissance des droits. Cette recherche de l'allégeance politique s'impose en effet chaque fois qu'il y a lieu de soumettre la société qui présente un caractère étranger à des mesures discriminatives favorables ou défavorables.

Mais la meilleure façon de faire émerger cette identité consiste à recourir au critère du contrôle. En dehors de la préférence que semble lui accorder notre droit positif, il offre l'avantage d'être réaliste, puisqu'il est seul à permettre d'appréhender l'allégeance politique des personnes physiques qui agissent sous le couvert de la personnalité morale.

La mise en œuvre de ce système du contrôle ne se heurte à aucune difficulté lorsqu'il s'agit d'établir la nationalité d'une société de personnes ou d'une société à responsabilité limitée, en raison du nombre restreint d'associés qui les composent. Si elle est un peu moins aisée dans le cas de la société anonyme, elle n'est pas pour autant rendue impossible. D'autant plus que la tâche du juge se trouve facilitée par l'abrogation implicite des actions au porteur et par l'admission éventuelle de la présomption selon laquelle l'allégeance politique de la majorité des dirigeants sociaux reflète l'allégeance politique de la société elle-même.

En ce qui concerne la condition de la société étrangère, on sait que celle-ci varie en fonction du cadre juridique d'établissement choisi.

Après avoir fait l'objet de plusieurs évolutions successives, le droit pétrolier semble se stabiliser. La formule d'association instaurée par l'ordonnance n.- 71.22 du 12 Avril 1971, et qui se substitue à l'anachronique système de la concession, paraît satisfaire les parties en présence.

Elle permet à la puissance publique d'exploiter directement sa richesse en hydrocarbures liquides, tout en la faisant bénéficier de l'expérience et des capitaux des compagnies étrangères. L'Etat voit l'exercice de sa souveraineté d'autant plus renforcé qu'il établit unilatéralement le niveau des prix servant d'assiette à la fiscalité ; et que tous les litiges susceptibles de naître relèvent en principe de la compétence exclusive des juridictions locales.

Même si elle met fin aux exorbitantes prérogations dont jouissait la compagnie étrangère, la législation actuelle sauvegarde les intérêts de cette dernière - d'autant plus qu'ils sont précisés dans une convention d'établissement -, et permet au pays dont elle est ressortissante de disposer d'une source d'approvisionnement en hydrocarbures liquides.

La société d'économie mixte est également utilisée, et le sera certainement de plus en plus, comme procédé d'établissement sous l'empire des dispositions du code des investissements.

La société étrangère qui participe à la création d'une telle personne morale peut, contrairement à celle qui agit de façon autonome, obtenir de soumettre

tout le contentieux susceptibles de naître entre elle et son partenaire public à un tribunal arbitral. Il est vrai que l'exécution de la sentence qui sera rendue semble presque toujours subordonnée à la procédure de l'exéquatur.

Abstraction faite de l'influence de la carte de commerçant étranger, l'exercice d'une activité par une entreprise étrangère dans le champ d'application du droit commun n'est plus libre. Il est subordonné à une autorisation administrative conférée par la commission nationale des investissements. Seule la création d'une succursale semble encore échapper à cet agrément.

Le passif d'une société qui est touchée par une mesure de nationalisation ne se trouve pas transférée d'office, comme dans la conception française, à la puissance publique. La solution inverse ne prévaut que lorsque le texte d'expropriation le spécifie expressément.

Cela dit, on peut s'interroger sur l'incidence que ces diverses mesures d'incitation et de contrôle exerceront sur l'établissement futur des sociétés étrangères en Algérie.

En dépit de toutes les restrictions qu'édicte la récente législation, il est plus que probable que les investissements extérieures continueront à affluer dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides. Ceci s'explique par les bénéfices considérables que réalisent encore les compagnies pétrolières, par le caractère stratégique des hydrocarbures et par la dépendance des pays développés vis-à-vis des pays producteurs. Et à supposer même que l'énergie nucléaire parvienne un jour à réduire le rôle du pétrole en tant que source d'énergie, ce dernier garderait au moins son importance comme matière première de l'industrie pétrochimique.

Ce qui ne serait pas étonnant - et serait conforme à la politique de récupération de nos richesses nationales - ce serait la décision que prendrait l'Algérie, au plus tard dans une décennie, de nationaliser entièrement les hydrocarbures. Car au-delà de la commercialisation de ce produit qui ne constitue plus une difficulté, notre pays aura, à cette époque, acquis suffisamment d'expérience et ses problèmes de financement seront beaucoup moins cruciaux.

En ce qui concerne les secteurs économiques régis par le code des investissements, c'est l'Algérie qui est actuellement, à l'instar des autres pays en voie de développement, dépendante de la technologie des pays industrialisés. Dans ce domaine, bien qu'aucune statistique ne nous ait été communiquée, on peut observer, en dehors du développement de l'établissement au sein des sociétés mixtes, une certaine réticence de la part du capital étranger. Mais comme les pays industrialisés ont besoin d'accroître leurs exportations pour combler le déficit de leur balance des paiements résultant de l'augmentation du prix du pétrole, un des moyens qu'ils pourraient mettre en œuvre consisterait à inciter davantage leurs sociétés ressortissantes à s'installer notamment dans des pays producteurs d'hydrocarbures.

Cette interdépendance des besoins en matières premières et en technologie peut, comme l'a souligné le président BOUMEDIENE, être génératrice d'une coopération véritable entre les pays du Tiers Monde et les pays développés, à condition que ces derniers acceptent de reconsidérer l'ordre économique établi.

ABREVIATIONS ·

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
Arch. Philo droit	Archives de philosophie du droit
Bull. Cass.	Bulletin de la Cour de Cassation
Cass.	Cour de Cassation française
D.	Recueil Dalloz
G.P.	Gazette du Palais
J.C.P.	Semaine Juridique
Jurisel. dr. int.	Jurisclasseur de droit international
Jour. dr. int. priv. ou Cl.	Journal de droit international privé
J.O.R.A.	Journal Officiel de la République Algérienne
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République française
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement Economique
P.G.A.	Revue « Le pétrole et le gaz arabes»
Rec. Cours. Ac. Haye	Recueil de Cours de l'Académie de la Haye
Rep. Dall. dr. int.	Répertoire Dalloz de Droit International
Rev. Alg.	Revue Algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques
Rev. Crit. dr. int. priv.	Revue critique de droit international privé
R.J.P. Dom.	Revue juridique et politique d'outre-mer
R.J.P.I.C.	Revue juridique et politique Indépendance et Coopération

R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Co.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. Soc.	Revue des sociétés
SONATRACH.	Société Nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures
T.C.	Tribunal des conflits.-

A N N E X E - I -

– ORDONNANCE No.71.22 DU 12 AVRIL 1971 DEFINISSANT LE CADRE DANS LEQUEL S'EXERCE L'ACTIVITE DE SOCIETES ETRANGERES DANS LE DOMAINE DE LA RECHERCHE ET DE L'EXPLOITATION DES HYDROCARBURES LIQUIDES.

– AU NOM DU PEUPLE –

Le Chef du Gouvernement, Président du Conseil des Ministres,
Sur le rapport du Ministre de l'Industrie et de l'Energie,

Vu les ordonnances Nos. 65.182 du 10 juillet 1965 et 70.53 du 18 Djoumada I 1390 correspondant au 21 juillet 1970 portant constitution du Gouvernement ;

Vu l'ordonnance No. 65.287 du 18 Novembre 1965 portant ratification de l'accord d'Alger, entre la République Algérienne Démocratique et Populaire et la République Française, concernant le réglement de questions touchant les hydrocarbures et le développement industriel de l'Algérie, signé à Alger, le 29 Juillet 1965 ;

Vu l'ordonnance No. 71.8 du 24 Février 1971 portant nationalisation des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature des sociétés, filiales ou établissements connus sous la raison sociale, le sigle ou la dénomination de la société d'exploitation des hydrocarbures de Hassi R'Mel (S.E.H.R) et l'ensemble des intérêts miniers détenus par toutes sociétés dans les concessions de Nord In Aménas, Tin Fouyé Sud, Alrar Est, Alrar Ouest, Nezla Est, Brides, Toual, Rhourde Chouff et Rhourde Adra et les intérêts miniers relatifs au gaz provenant des gisements de Gassi Touil, Rhourde Nous, Nezla Est, Zarzaïtine et Tiguentourine ;

Vu L'ordonnance No. 71.9 du 24 Février 1971 déclarant propriété exclusive de l'Etat, les gaz associés aux hydrocarbures liquides issus de tous gisements d'hydrocarbures situés en Algérie ;

Vu l'ordonnance No. 71.11 du 24 Février 1971 portant nationalisation partielle des biens, parts, actions, droits et intérêts de toute nature dans les sociétés CFP (A), CREPS, PETROPAR, SNPA, SOFREPAL, COPAREX, OMNIREX, EURAFREP, FRANCAREP ;

Vu le décret No. 71.64 du 24 Février 1971 relatif au transfert des biens nationalisés par les ordonnances Nos. 71.8 et 71.9 du 24 Février 1971 à la société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures (SONATRACH) ;

Vu le décret No. 71.65 du 24 Février 1971 portant transfert des biens

nationalisés par l'ordonnance No. 71.10 du 24 Février 1971 à la société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures (SONATRACH) ;

Vu le décret No. 71.66 du 24 Février 1971 portant transfert des biens nationalisés par l'ordonnance No. 71.11 du 24 Février 1971 à la société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures (SONATRACH) ;

Vu le code pétrolier saharien, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

Vu le code minier ;

– O R D O N N E –

ARTICLE 1er : Toute personne physique ou morale étrangère, désirant exercer des activités dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures liquides en Algérie, ne peut le faire qu'en association avec la société nationale «SONATRACH».

Ces activités ne peuvent s'exercer que sur des parcelles couvertes par des titres miniers attribués à la société nationale «SONATRACH».

ARTICLE 2 : A cet effet, la personne physique ou morale étrangère, visée à l'article 1er ci-dessus, est tenue de constituer une société commerciale de droit algérien ayant son siège en Algérie.

ARTICLE 3 : L'association visée à l'article 1er ci-dessus, pourra revêtir la forme, soit d'une société commerciale, soit d'une association en participation.

Quelle que soit la forme retenue, le pourcentage d'intéressement de la société nationale «SONATRACH» doit y être de 51 % au moins.

ARTICLE 4 : Les organes de direction de l'association visée à l'article 1er ci-dessus, sont constitués par un administrateur et par un conseil composé de représentants des parties à l'association.

Le conseil est composé en majorité de membres représentant la société nationale «SONATRACH».

L'administration est désigné par le conseil, sur proposition de la société nationale «SONATRACH», parmi ses représentants.

Le conseil délègue à l'administrateur, l'ensemble des pouvoirs de direction, de gestion et d'administration, à l'exception des pouvoirs réservés à ce conseil par les dispositions législatives, réglementaires, statutaires ou contractuelles.

L'administrateur peut se faire assister par un adjoint à qui il peut déléguer certains de ces pouvoirs.

Cet adjoint peut être désigné par le conseil, sur proposition de l'associé minoritaire.

ARTICLE 5 : La conduite des opérations de recherche et d'exploitation pour le compte de l'association est assurée par la société nationale «SONATRACH».

Toutefois, ce rôle d'opérateur peut, sous réserve de l'accord de la société nationale «SONATRACH», être assumé, soit par la société commerciale visée à l'article 3 ci-dessus, soit par une société créée, à cet effet, et dans la quelle la société nationale «SONATRACH» détiendra 51 % au moins du capital social, soit encore, mais pour la phase d'exploration seulement, par l'associé minoritaire.

L'opérateur est tenu de faire appel en priorité aux produits, biens et services algériens, notamment ceux qui peuvent lui être fournis par la SONATRACH et ses filiales.

ARTICLE 6 : En cas de découverte de gisement d'hydrocarbures liquides et si la forme d'association est l'association en participation, chacun des associés retire au champ, sa part de production au prix de revient et au prorata de son pourcentage d'intéressement.

Si la forme d'association est la société commerciale, les associés peuvent convenir d'une répartition de la production au champ.

Dans les cas de répartition de la production entre les associés, chacun d'eux est individuellement responsable des impôts et taxes afférents à sa part de production ainsi que de l'observation de la règlementation des changes.

ARTICLE 7 : Sont exclus du champ d'application de l'intéressement reconnu à l'associé minoritaire, les produits issus de gisements d'hydrocarbures gazeux, secs ou humides, mis à jour dans le cadre des activités visées par la présente ordonnance.

ARTICLE 8 : Chaque associé est tenu de procéder, au prorata de son pourcentage d'intéressement, aux investissements nécessaires à la sauvegarde et au développement optimum du potentiel des réserves en hydrocarbures à l'exploitation desquelles il est intéressé ainsi qu'aux actions appropriées de mise en valeur tendant au renouvellement continu des réserves entamées.

ARTICLE 9 : A l'exception de celles qui sont stipulées à l'article 1er, 2ème alinéa ci-dessus, les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent également :

– aux sociétés dont le patrimoine a été partiellement nationalisé en vertu de l'ordonnance No. 71.11 du 24 Février 1971,

– à la société nationale de recherche et d'exploitation des pétroles en Algérie (SN REPAL), dont le siège social est à Alger, chemin du réservoir, Hydra,

– à l'association coopérative instituée par l'article 1er de l'accord algéro-français du 29 Juillet 1965 ratifié par l'ordonnance No. 65.287 du 18 Novembre 1965,

– à l'association sur la surface d'exploitation de Berkaoui - Ben Kahla, créée par l'article 1er. de l'annexe No. VI à l'accord du 29 Juillet 1965 susvisé,

– à la société pétrolière française en Algérie, (SOPEFAL), dont le siège social est à Paris (15ème), 7, rue Nétalon.

ARTICLE 10 : Les modalités d'application de la présente ordonnance,

notamment en ce qui concerne la nature, la composition et le fonctionnement de l'association et de ses organes de direction, l'exercice du rôle d'opérateur et l'exécution par les sociétés et associations visées à l'article 8 ci-dessus, seront, en tant que de besoin, précisées par décret.

ARTICLE 11 : La présente ordonnance sera publiée au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire.

Fait à Alger, le 12 Avril 1971

Houari BOUMEDIENE

A N N E X E - II -

– ORDONNANCE No. 66.284 DU 15 SEPTEMBRE 1966 PORTANT CODE DES INVESTISSEMENTS

Le Chef du Gouvernement, Président du Conseil des Ministres,
Sur le rapport du Ministre des Finances et du Plan,

– O R D O N N E –

TITRE I - PRINCIPES -

ARTICLE 1er : La présente ordonnance définit le cadre dans lequel est organisée l'intervention du capital privé dans le développement économique national.
Elle constitue, avec les textes pris pour son application, le Code des Investissements.

ARTICLE 2 : L'initiative de la réalisation de projets d'investissements dans les secteurs vitaux de l'économie nationale revient à l'Etat et aux organismes qui en dépendent.
Cependant, l'Etat peut décider de faire appel au capital privé pour la réalisation de ces projets. Il détermine alors, cas par cas, les modalités d'intervention du capital privé national ou étranger dans de tels investissements.
Un décret définira les secteurs considérés comme vitaux au sens de la présente ordonnance.

ARTICLE 3 : Lorsque l'Etat s'associe dans des sociétés d'économie mixte avec la participation du capital privé, étranger ou national, les statuts de ces sociétés devront être approuvés par décret et comporter les dispositions suivantes :
a) - La faculté pour l'Etat de racheter tout ou partie des parts ou actions dont il n'est pas propriétaire, ainsi que les conditions dans lesquelles l'Etat pourra exercer cette faculté.
b) - La faculté pour l'Etat d'exercer un droit de préemption ou d'agrément en cas de vente, transfert ou cession de parts ou d'actions dont il n'est pas propriétaire.

ARTICLE 4 : Les personnes physiques ou morales, tant algériennes qu'étrangères, peuvent, moyennant un agrément préalable dans la forme prévue aux articles 20 à 27 de la présente ordonnance, créer ou développer des entreprises industrielles ou touristiques augmentant l'équipement productif de la Nation et bénéficiant de tout ou partie des garanties et avantages prévus au titre II du présent Code.

ARTICLE 5 : Lorsque la réalisation des plans économiques nationaux le requiert et quels que soient les secteurs, l'Etat peut lancer des appels d'offre de création, par des capitaux privés, d'entreprises déterminées dont les objectifs de

production, l'implantation géographique et les autres conditions d'exploitation font l'objet d'un cahier des clauses régissant l'investissement. L'Etat peut, à cet effet, mettre à la disposition des personnes intéressées, toutes études économiques et techniques auxquelles il aurait été procédé au sujet de ces entreprises.

A conditions techniques égales, l'agrément sera accordé aux offres de création où le capital national intervient le plus largement, où les fonds propres couvrent le mieux le coût de l'investissement et de la mise en route de l'entreprise et où il est demandé le moins d'avantages financiers en vertu de la présente ordonnance.

ARTICLE 6 : Les personnes physiques et morales sont tenues de satisfaire aux obligations d'ordre légal et réglementaire régissant leurs activités professionnelles et notamment, celles relatives à la fiscalité, à la comptabilité et à la réglementation des changes.

TITRE II - GARANTIES ET AVANTAGES -

ARTICLE 7 : Le présent titre définit les garanties et avantages accordés aux investissements de capitaux conformément aux articles 2, 3, 4, et 5 ci-dessus.

Toute autre garantie ou avantage particulier que nécessiterait l'installation ou le fonctionnement d'une entreprise pourra être accordé par voie contractuelle entre l'Etat et l'investisseur après avis de la Commission Nationale des Investissements.

CHAPITRE I - GARANTIES GENERALES -

ARTICLE 8 : Au cas où l'intérêt public exigerait impérativement la reprise par l'Etat d'entreprises bénéfciant des dispositions du présent Code, une telle mesure ne pourrait être prononcée que par un texte à caractère législatif. Elle comporterait de plein droit, en vertu de la présente ordonnance, paiement dans un délai maximum de neuf mois d'une indemnité égale à la valeur nette, fixée contradictoirement à dire d'experts, des éléments patrimoniaux repris par l'Etat.

Cette indemnité sera majorée :

– du montant non amorti des frais d'établissement ou autres valeurs incorporelles correspondant à des dépenses effectives, qui n'ont pas été pris en considération pour le calcul de ladite indemnité.

– d'intérêts calculés au taux légal pour une durée de deux ans sur le montant de ladite indemnité.

Cette indemnité est transférable à l'étranger, si le bénéficiaire est lui-même étranger et si l'investissement a été réalisé à l'aide de fonds importés en Algérie.

ARTICLE 9 : Les entreprises ont le droit de recruter le personnel étranger spécialisé qui leur est nécessaire dans la limite fixée par la décision d'agrément, compte tenu du rythme retenu de la formation et de la promotion des cadres nationaux ; la liberté de fixation de résidence et de déplacement est garantie à

ces agents étrangers et à leur famille, sous réserve des mesures touchant à l'ordre public.

ARTICLE 10 : L'égalité devant la Loi, notamment dans ses dispositions fiscales, est reconnue aux entreprises étrangères ou sous contrôle étranger.

ARTICLE 11 : Les droits à transfert ci-après sont garantis aux investissements étrangers visés aux articles 2, 3, 4 et 5 de la présente ordonnance.

1) - Transfert de la partie distribuée des bénéfices annuels nets de l'entreprise établis après déduction des amortissements ou provisions nécessaires et compte tenu de l'importance de son endettement.

La partie distribuée des bénéfices n'est cependant transférable que dans la proportion existant entre les participations étrangères dans les fonds propres de l'entreprise et sous la condition que ces participations correspondent à des importations effectives de capitaux en Algérie.

Les transferts effectifs de bénéfices à l'étranger ne peuvent dépasser annuellement 15 % du montant des participations étrangères, définies comme ci-dessus, dans les fonds propres de l'entreprise en Algérie.

Les bénéfices transférables réinvestis sont considérés comme une importation de capitaux.

2) - Transfert, après encaissement, du produit de la cession ou de la liquidation de l'entreprise, ou de la vente ou cession des parts ou actions représentatives du capital, pour autant que l'acquéreur soit une personne physique algérienne ou une personne morale sous contrôle algérien ou que, dans les autres cas, l'opération ait été autorisée par la Banque Centrale d'Algérie.

Un arrêté du Ministre des Finances et du Plan déterminera les modalités d'application des dispositions du présent article.

ARTICLE 12 : Le transfert des redevances sur brevet, et d'assistance technique ainsi que des montants nécessaires du service financier d'emprunt contractés à l'étranger, pourra être autorisé par l'arrêté d'agrément.

ARTICLE 13 : Les autorisation de transfert visées aux articles 11 et 12 sont délivrées par la Banque Centrale d'Algérie sur simple contrôle du respect des conditions énoncées dans ces articles.

CHAPITRE II - AVANTAGES FINANCIERS -

ARTICLE 14 : Les entreprises visées aux articles 2, 3, 4 et 5, peuvent bénéficier d'avantages fiscaux dans les limites ci-après et selon les modalités qui seront fixées par arrêté du Ministre des Finances et du Plan :

1) - Exemption totale ou partielle du droit de mutation à titre onéreux prévu par l'article 447 du Code de l'Enregistrement, dans la mesure où il s'agit d'acquisitions immobilières destinées exclusivement à l'activité agréée ; il sera tenu compte pour la fixation du taux de cette exemption, du lieu d'implantation de l'entreprise.

2) - Exonération totale, ou partielle ou dégressive de l'impôt foncier pendant

une période ne pouvant excéder 10 ans et en tenant compte également du lieu d'implantation de l'entreprise.

3) - Octroi du taux réduit de la taxe unique globale à la production pour les acquisitions de biens d'équipement ou ristourne de la taxe afférente aux biens d'équipement fabriqués en Algérie.

4) - Octroi de délais, échelonnés au maximum sur la durée de l'amortissement industriel, pour le paiement des droits de douane et de la taxe unique globale à la production se rapportant aux biens d'équipement nécessaires à la réalisation du projet.

5) - Exonération totale, partielle ou dégressive de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux pendant une période ne pouvant excéder cinq ans et pour un montant annuel de bénéfices ne pouvant dépasser 20 % des fonds propres dans l'activité agréée ; pendant la période d'exonération, les entreprises sont tenues d'effectuer tous amortissements nécessaires dans la limite des bénéfices réalisés, faute de quoi, les amortissements indûment différés ne pourront être imputés sur les exercices ultérieurs.

ARTICLE 15 : Ces avantages fiscaux visés à l'article 14 ci-dessus ne peuvent être consentis que dans la mesure où les conditions initiales d'exploitation de l'entreprise qui les sollicite, ne lui permettent pas de supporter immédiatement des charges fiscales normales ; de plus, il sera tenu compte des critères ci-après :

– rapport existant entre le montant des investissements et le nombre d'emplois permanents créés, eu égard à la technique utilisée dans la branche d'activité considérée,

– effets indirects de l'investissement envisagé sur les activités connexes ou complémentaires,

– rythme de la formation professionnelle et de la promotion des cadres nationaux,

– secteur économique et zone géographique d'implantation,

– volume de la production destinée à l'exportation ou se substituant à des importations,

– volume du capital nouveau importé.

CHAPITRE III - AVANTAGES SPECIAUX -

ARTICLE 16 : Les entreprises visées aux articles 2, 3, 4 et 5 peuvent bénéficier en outre, dans des cas spéciaux :

1) - D'une garantie subsidiaire donnée par la Caisse Algérienne de Développement pour le compte de l'Algérie, afin de faciliter l'obtention d'avances bancaires à court terme sur warrant industriel pour le financement des fabrications ou des stockages reconnus nécessaires au développement de l'Algérie ; les dispositions relatives au statut et aux modalités des warrants industriels seront prises par décret.

2) - D'une garantie que le taux de certains financement à moyen ou long terme ne dépassera pas le chiffre maximum fixé lors de l'octroi de l'agrément.

Ces garanties ne pourront cependant être consenties qu'à la condition que les fonds propres de l'entreprise couvrent une proportion raisonnable de la valeur

des moyens d'exploitation.

Elles font l'objet de décisions du Ministre des Finances et du Plan et de conventions déterminant les modalités de ces garanties.

ARTICLE 17 : En plus des avantages indiqués à l'article 16 précédent et sous la même condition, les entreprises visées au deuxième alinéa de l'article 2 et aux articles 3 et 5 peuvent éventuellement obtenir la garantie de l'Algérie pour leurs emprunts d'équipement ; cette garantie fait l'objet d'une décision du Ministre des Finances et du Plan et d'une convention qui en détermine les modalités.

ARTICLE 18 : Les entreprises à caractère touristique pourront, outre les avantages financiers prévus à l'article 14, bénéficier, pour les emprunts à moyen et long terme, de bonifications d'intérêt pouvant aller jusqu'à 3 %.

ARTICLE 19 : Les investissements dépassant 5.000.000 de D.A. peuvent éventuellement bénéficier :
a) - d'une exclusivité d'agrément dans une zone géographique déterminée,
b) - d'un régime conventionnel en matière d'impôts d'Etat pour une période ne pouvant dépasser 10 ans, ce régime n'étant applicable que dans la mesure où les bénéfices nets n'excèdent pas annuellement 15 % des fonds propres investis,
c) - de dispositions contingentaires destinées à permettre à l'entreprise de faire face à la concurrence étrangère pendant la période de mise en rendement normal de l'exploitation.

TITRE III - L'AGREMENT -

ARTICLE 20 : Les demandes en vue de l'obtention de l'agrément prévu à l'article 4 de la présente ordonnance doivent être établies dans les formes qui seront précisées par arrêté du Ministre des Finances et du Plan et adressées :
a) - au Préfet du département si le montant total de l'investissement ne dépasse pas DA 500.000 et qu'aucun avantage financier n'est sollicité,
b) - au Secrétariat de la Commission Nationale des Investissements dans les autres cas.

ARTICLE 21 : Peuvent être agréées les créations ou extensions d'entreprises qui, disposant d'un plan financier satisfaisant et de fonds propres adéquats, prévoient un effort de formation spécialisée de la main-d'œuvre nationale et qui, en raison de leur localisation ou de leur secteur d'activité, concourent au développement économique du pays selon les plans et programmes définis par les pouvoirs publics.

Pour les investissements étrangers, les critères ci-après seront en outre, pris en considération :

– ouverture de marchés extérieurs d'exportation,
– importance de la valeur ajoutée dégagée en Algérie par l'entreprise,
– degré d'utilisation des matières premières locales,
– niveau de couverture, par des fonds propres, de l'investissement à réaliser.

ARTICLE 22 : Le Préfet du département, saisi d'une demande conformément au paragraphe a) de l'article 20, décide, en accord avec le Ministère des Finances et du Plan et le Ministère technique intéressé.

Lorsque, au terme de 40 jours, un avis de décision n'a pas été communiqué au demandeur sous pli recommandé, et que, dans les mêmes conditions, le Préfet ne lui a adressé ni objection, ni autre notification de quelque nature que ce soit, l'intéressé peut renouveler sa demande d'agrément à l'adresse du Secrétariat de la Commission Nationale des Investissements. L'agrément est considéré comme accordé si aucune objection n'a été soulevée dans les 40 jours de l'envoi de cette demande ou des renseignements complémentaires que le secrétariat aurait entre-temps réclamés.

ARTICLE 23 : Dans le cas où l'agrément sollicité conformément au paragraphe b) de l'article 20 ne comporte aucune demande d'avantages financiers ou d'avantages spéciaux, le Secrétariat de la Commission Nationale des Investissements communique au demandeur la décision qui aura été prise en accord avec le Ministère des Finances et du Plan et le Ministère technique intéressé.

L'agrément doit être express.

En cas d'octroi, le demandeur dispose d'un délai de 60 jours pour accepter définitivement l'agrément ; dès cette acceptation, le demandeur est tenu d'exécuter, dans le délai prévu, le programme d'investissement agréé et les obligations qui lui sont corrélatives.

ARTICLE 24 : Dans le cas où l'agrément sollicité conformément au paragraphe b) de l'article 20 comporte une demande d'avantages financiers ou d'avantages spéciaux, la décision est prise conjointement par le Ministre des Finances et du Plan et le Ministère technique intéressé après avis de la Commission Nationale des Investissements.

Cette décision est communiquée par le Secrétariat de la Commission Nationale des Investissements au demandeur ; celui-ci en cas de décision favorable, dispose de 90 jours pour accepter définitivement l'agrément.

Dès cette acceptation :

– Un arrêté d'agrément précisant toutes les conditions régissant l'investissement et les mesures de contrôle correspondantes, est pris conjointement par le Ministre des Finances et du plan et le Ministère technique intéressé. Cet arrêté sera publié par extrait au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire.

Le demandeur est tenu d'exécuter, dans le délai prévu, le programme d'investissement agréé et les obligations corrélatives.

Lorsque l'agrément est donné pour l'extension d'une entreprise existante, les garanties générales, les avantages financiers et les avantages spéciaux peuvent être consentis soit à toute l'entreprise, soit pour la seule extension ; en ces derniers cas, le mode de comptabilisation adopté doit permettre l'individualisation des investissements et des activités couverts par l'agrément.

ARTICLE 25 : L'agrément visé à l'article 5 de la présente ordonnance est communiqué au bénéficiaire par le Secrétariat de la Commission Nationale des

Investissements, et doit être accepté dans un délai de 90 jours, cette acceptation comportant l'obligation d'exécuter le programme d'investissement selon les clauses qui le régissent. L'arrêté d'agrément, éventuellement requis, sera pris après réception de l'acceptation sus-visée et publié dans la forme indiquée à l'article 24 précédent.

ARTICLE 26 : Sur proposition du Ministère technique intéressé, l'agrément peut être retiré, dans la forme où il a été accordé, en cas de manquement grave aux engagements du bénéficiaire, trois mois au moins après mise en demeure.

Le retrait de tout ou partie des avantages financiers et avantages spéciaux pourra être également prononcé.

ARTICLE 27 : La Commission Nationale des Investissements est composée des membres permanents suivants :

- Le Ministre des Finances et du Plan, Président,
- Le Directeur Général du Plan et des Etudes Economiques,
- Le Directeur du Trésor et du Crédit,
- Un représentant du Ministère des Affaires Etrangères,
- Un représentant du Ministère de l'Industrie et de l'Energie,
- Un représentant du Ministère de l'Intérieur,
- Un représentant du Ministère du Tourisme,
- Un représentant du Ministère du Commerce,
- Le Directeur Général de la Caisse Algérienne de Développement,
- Le Directeur Général de la Banque Centrale d'Algérie.

Ils peuvent s'adjoindre, en cas de nécessité, les représentants de tout autre organisme, étatique ou para-étatique, pouvant apporter des éléments d'information complémentaires.

Le Secrétariat est assuré par la Caisse Algérienne de Développement.

Le Mode de fonctionnement et d'intervention de la Commission sera défini par décret.

TITRE IV - DISPOSITIONS DIVERSES -

ARTICLE 28 : Dans le but de favoriser la réalisation des plans et programmes économiques fixés par le Gouvernement, un décret définira les conditions auxquelles les entreprises agréées antérieurement au 25 juillet 1963 devront conformer l'ensemble de leur activité.

ARTICLE 29 : Les éventuelles modifications au présent Code ne pourront imposer, aux entreprises agréées en vertu de la présente ordonnance, des conditions moins avantageuses.

ARTICLE 30 : Les garanties et avantages prévus au présent Code sont assurés sans préjudice de garanties et d'avantages plus étendus résultant des accords conclus et pouvant être conclus entre la République Algérienne Démocratique et Populaire et d'autres Etats, groupes d'Etats et organismes internationaux.

ARTICLE 31 : Les modalités d'application de la présente ordonnance seront

définies par décret.

ARTICLE 32 : Toutes dispositions contraires à la présente ordonnance sont abrogées et notamment la loi n.- 63.277 du 27 Juillet 1963 portant Code des Investissements.

ARTICLE 33 : La présente ordonnance sera publiée au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire.

Fait à Alger, le 15 Septembre 1966,

Houari BOUMEDIENE

– A N N E X E III –

– ARRETE DU 20 JUILLET 1970 RELATIF AU TRANSFERT DES BENEFICES PROVENANT DES CAPITAUX INVESTIS EN ALGERIE PAR DES PERSONNES DE NATIONALITE ETRANGERE, DANS LE CADRE DU CODE DES INVESTISSEMENTS –

Le Ministre chargé des finances et du plan,

VU l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements et notamment son article 11 ;

VU le décret n.- 47.1.337 du 15 Juillet 1947 codifiant les obligations et prohibitions édictées par la réglementation des changes ;

VU le décret n.- 63.411 du 19 Octobre 1963 portant extension aux pays de la zone franc, de certaines dispositions en matière de contrôle des changes ;

ARRETE :

TITRE I - CONDITIONS GENERALES -

ARTICLE 1er : Le transfert de la partie des bénéfices annuels nets provenant des capitaux investis en Algérie par des personnes morales ou physiques de nationalité étrangère, sont autorisés par la banque centrale d'Algérie dans les conditions suivantes :

1) - L'entreprise doit avoir constitué les amortissements, provisions et réserves légales ;

2) - La distribution des bénéfices doit être justifiée, eu égard à l'importance de son endettement et notamment des passifs à l'égard des institutions de crédits en Algérie ;

3) - L'entreprise doit être en règle à l'égard de l'administration fiscale et de la sécurité sociale ;

TITRE II - QUOTITES TRANSFERABLES ET BENEFICIAIRES DES TRANSFERTS -

ARTICLE 2 : Le montant transférable est égal, sous réserve des dispositions de l'alinéa 3 ci-après, à la partie distribuée des bénéfices, déterminée proportionnellement aux participations étrangères dans le capital de l'entreprise et sous la condition que ces participations correspondent à des importations effectives de capitaux en Algérie, constatées par la Banque centrale d'Algérie, ou de matériel neuf dont la valeur a été appréciée par les services des douanes.

Les bénéfices transférables réinvestis sont assimilables aux capitaux importés et doivent être pris en considération pour le calcul de plafond des bénéfices transférables.

Toutefois, les transferts effectifs de bénéfices à l'étranger ne peuvent dépasser annuellement 15 % du montant des participations étrangères, définies comme ci-dessus, dans le capital de l'entreprise en Algérie.

ARTICLE 3 : Les bénéficiaires de tels transferts doivent être des personnes physiques ou morales de nationalité étrangère, ayant investi des capitaux dans des entreprises agréées en vertu de l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements.

TITRE III - PERIODICITE -

ARTICLE 4 : Les transferts de cette nature sont effectués annuellement, après clôture de l'exercice.

Les transferts non effectués au cours d'une année ne peuvent se reporter sur l'année suivante, sauf autorisation de la Banque centrale d'Algérie.

TITRE IV - PAYS DE DESTINATION -

ARTICLE 5 : Les transferts prévus au présent arrêté seront effectués à destination du pays de résidence de l'investisseur, dans la devise apportée au moment de la constitution de l'investissement ou en toute autre devise disponible.

De tels transferts seront exécutés conformément aux dispositions réglementant les relations financières de l'Algérie avec le pays de résidence de l'investisseur.

TITRE V - PIECES JUSTIFICATIVES -

ARTICLE 6 : Les demandes de transferts présentés à la banque centrale d'Algérie par l'entremise d'une banque intermédiaire agréée, doivent être appuyées des pièces justificatives suivantes :

1) - Une attestation délivrée par le notaire chargé de l'opération ou un acte sous seing privé, selon le cas, indiquant :

— Les noms, adresse et nationalité du ou des vendeurs,

— Les noms, adresse et nationalité du ou des acquéreurs,

— Le prix de vente dont le montant peut être transféré selon les modalités prévues aux paragraphes II et III ci-dessus,

2) - Une copie du contrat de vente ou de cession, certifiée conforme à l'original,

3) - L'avis de crédit bancaire,

4) - Les bilans, les comptes exploitation et les comptes pertes et profits des 3 derniers exercices,

5) - La justification de l'acquittement des impôts, des cotisations de sécurité sociale,

6) - Toute pièce jugée utile par la banque centrale d'Algérie.

ARTICLE 7 : Le présent arrêté sera publié au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire.

FAIT A ALGER, le 20 JUILLET 1970.

Ahmed MEDEGHRI.

– ANNEXE IV –

– ARRETE DU 20 JUILLET 1970 RELATIF AU TRANSFERT DU PRODUIT DE LA LIQUIDATION DES INVESTISSEMENTS REALISES DANS LE CADRE DU CODE DES INVESTISSEMENTS DU 15 SEPTEMBRE 1966 –

Le Ministre chargé des finances et du plan,

VU l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements et notamment son article 11 ;

VU l'ordonnance n.- 69.107 du 31 Décembre 1969 portant loi des finances pour 1970 ;

VU le décret n.- 47.1.337 du 15 Juillet 1947 codifiant les obligations et prohibitions édictées par la réglementation des changes ;

VU le décret n.- 63.411 du 19 Octobre 1963 portant extension, aux pays de la zone franc, de certaines dispositions en matière de contrôle des changes ;

ARRETE :

TITRE I - CONDITIONS GENERALES -

ARTICLE 1er : Le transfert du produit de la cession ou de la liquidation de l'entreprise ou de la vente ou cession des parts ou actions représentatives du capital, est autorisé par la Banque centrale d'Algérie, dans les conditions définies au présent arrêté.

ARTICLE 2 : Les transferts de cette nature ne peuvent être autorisés qu'aux conditions suivantes :

– que l'acquéreur soit une personne physique résidente de nationalité algérienne ou une personne morale sous contrôle algérien ou que, dans les autres cas, l'opération de cession ait été autorisée préalablement par la Banque centrale d'Algérie,

– que la vente ou la cession ait lieu, par le ministère d'un notaire, s'il s'agit de biens immeubles ou de droits immobiliers, ou dans les conditions réglementaires et conventionnelles en vigueur s'il s'agit de parts ou actions,

– que l'opération d'investissement ait fait l'objet d'un agrément au titre du code des investissements (ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966) et que l'autorisation préalable de la commission nationale des investissements ou celle du ministère chargé des finances et du plan ait été accordée au promoteur conformément aux dispositions des articles 40 et 41 de l'ordonnance n.- 69-107 du 31 Décembre 1969 portant loi de finances pour 1970, pour les investissements réalisés à partir de l'année 1970,

– que l'investissement ait été réalisé par importation effective de capitaux, constatée par la Banque centrale d'Algérie ou de matériel neuf dont la valeur a été appréciée par les services de la douane.

TITRE II - MONTANT TRANSFERABLE ET BENEFICIAIRE -

ARTICLE 3 : Le montant transférable est égal :
- en cas de cession ou de liquidation de l'entreprise, à la quote-part du produit de cette cession ou liquidation revenant aux participations étrangères,
- en cas de vente ou cession de parts ou actions, aux produits de la vente ou cession de parts ou actions remises aux investisseurs étrangers en rémunération de leurs apports.

ARTICLE 4 : Les bénéficiaires des transferts de cette nature doivent être des personnes physiques ou morales de nationalité étrangère ayant investi des capitaux dans les entreprises agréées en vertu de l'ordonnance n.- 66.284 du 15 Septembre 1966 portant code des investissements.

TITRE III - PAYS DE DESTINATION -

ARTICLE 5 : Les transferts prévus au présent arrêté seront effectués à destination du pays de résidence de l'investisseur, dans la devise apportée au moment de la constitution de l'investissement ou en toute autre devise disponible.

De tels transferts seront exécutés conformément aux dispositions réglementant les relations financières de l'Algérie avec le pays de résidence de l'investisseur.

TITRE IV - PROCEDURE DE TRANSFERT -

ARTICLE 6 : Les transferts de bénéfices sont exécutés auprès de la Banque centrale d'Algérie conformément à la réglementation en vigueur,

ARTICLE 7 : Les demandes de transfert présentées par l'entremise d'une banque intermédiaire agréée, doivent être appuyées des pièces suivantes :

– Un exemplaire des statuts de l'entreprise et la référence de l'arrêté d'agrément ;

– Une liste des actionnaires ou des associés indiquant pour chacun d'eux, la nationalité, le lieu de résidence, la part du capital détenu et la monnaie dans laquelle a été effectué l'apport ;

– Un exemplaire du bilan, du compte d'exploitation générale et du compte pertes et profits de l'entreprise pour l'exercice concerné ;

– Eventuellement, une copie certifiée conforme du procès-verbal de l'assemblée des actionnaires ou des associés au cours de laquelle a été fixée le montant des dividentes à distribuer ;

– Un état du fonds de roulement de l'entreprise établi à la date de présentation du dossier et devant faire ressortir, d'une part, le total des valeurs d'exploitation des valeurs réalisables à court terme et disponibles, d'autre part, le

montant ventilé des dettes à court terme ;

– Une situation en règle au regard de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale ;

– Toute autre pièce jugée utile par la Banque centrale d'Algérie.

ARTICLE 8 : Le présent arrêté sera publié au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire.

FAIT A ALGER, le 20 JUILLET 1970
Ahmed MEDEGHRI

– A N N E X E V –

– ARRET DE LA COUR SUPREME DU 14 FEVRIER 1969 –

LA COUR SUPREME,

Attendu que le sieur B., avocat à Alger et propriétaire, d'un domaine agricole sis au Gué de Constantine, avait obtenu de la Compagnie française de crédit et de banque un prêt de 25.000 dinars en contrepartie duquel il avait souscrit, les 24 Juillet 1963, 5 Août 1963, 25 Août 1963, 21 Septembre 1963 et 5 Octobre 1963, cinq billets à ordre de 5.000 dinars l'un, payables, le premier le 25 Octobre 1963, les deuxième et troisième le 5 Novembre 1963 et les deux derniers le 25 Novembre 1963 ;

Que sa propriété agricole ayant été déclarée bien de l'Etat par arrêté préfectoral du 10 Octobre 1963, pris en application du décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963, le sieur B. assigné le 7 Avril 1966, par sa créancière devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance d'Alger en remboursement du montant des billets, augmenté des intérêts, a soutenu, devant cette juridiction, que le prêt en question représentant un passif de sa propriété nationalisée, l'action de la Compagnie française de crédit et de banque devait être dirigée contre l'administration expropriante et a subsidiairement demandé le sursis à statuer jusqu'à la solution de l'instance qu'il avait lui-même engagée, relativement au même objet, contre l'Etat devant la Cour d'Alger, statuant en matière administrative ;

Qu'effectivement, le sieur B, a introduit, le 4 Mars 1967 devant la dite Cour, statuant en matière administrative, une instance contre l'Etat, l'Office National de la Réforme Afraire et la Compagnie française de crédit et de banque à l'effet de voir dire et juger qu'attendu que le prêt à lui consenti par cette dernière était un crédit de campagne dépendant de son exploitation agricole dont il avait perdu au moins l'usage depuis le 10 Octobre 1963 ainsi que celui des récoltes pendantes qui n'avait pas été commercialisées, l'Etat et l'Office national de la Réforme agraire qui avaient appréhendé l'actif de cette exploitation et auxquels la garantie du paiement du crédit de campagne avait été provisoirement transférée, avaient, par l'effet de la dépossession, assumé la charge du passif grevant ladite exploitation ; qu'en l'état, et jusqu'à décision de la Cour Suprême sur le pourvoi en annulation qu'il avait formé contre l'arrêté et le décret de nationalisation, l'Etat et plus précisément l'Office national de la Réforme agraire bénéficiaire direct de la nationalisation, devaient donc, sous réserve de comptes ultérieurs à faire, être tenus d'apurer le passif de l'exploitation et que la Compagnie française de crédit et de banque devait, en conséquence, demander le remboursement des sommes litigieuses à l'administration expropriante ; subsidiairement le requérant demandait la condamnation conjointe et solidaire de l'Etat et de l'Office national de la Réforme agraire à le relever et garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre par la juridiction saisie de la demande principale ;

Attendu que faisant droit aux conclusions de la Compagnie française de crédit et de banque, qui soutenait que son débiteur étant tenu personnellement de remplir ses engagements sur l'ensemble de son patrimoine, présent et à venir, en vertu de l'article 2.092 du code civil, elle était étrangère au litige qui opposait le sieur B. aux administrations co-défenderesses avec lesquelles elle n'avait absolument aucun lien de droit et qu'elle ne pouvait en aucune manière être citée devant la juridiction administrative, a par arrêté du 31 Mai 1967, mis ladite Compagnie française de crédit et de banque hors de cause ;

Que statuant à l'égard des autres défendeurs, le même arrêt a rejeté la requête au motif qu'en interdisant, par l'article 12 du décret n.- 63.88 du 18 Mars 1963, portant réglementation des biens vacants, toutes poursuites et voies d'exécution contre les biens déclarés vacants à raison d'obligation antérieures à la date d'entrée de l'état de vacance, le règlement de ces obligations devant, y est-il précisé, faire l'objet de textes ultérieurs, «le législateur algérien avait voulu mettre le patrimoine national à l'abri de toutes poursuites et voies d'exécution qui pourraient être dirigées seulement contre les organismes chargés de sa gestion en attendant le règlement des créances antérieures» et que ces dispositions s'appliquaient non seulement aux biens vacants devenus propriété de l'Etat en vertu du décret n.- 66.102 du 6 Mai 1966, mais encore, par l'effet des articles 1 et II de ce dernier décret, à tous les biens tombés, à un titre quelconque, dans le patrimoine national, qu'ils aient été mis sous la protection de l'Etat, ou nationalisés ou déclarés biens de l'Etat comme l'ont été les propriétés agricoles.

Attendu que par requête du 6 Juillet 1967, le sieur B. a relevé appel de cette décision ; qu'il reprend, en cause d'appel, son argumentation de première instance, à savoir que contrairement aux affirmations des intimés, le prêt litigieux n'avait nullement été contracté par lui à titre personnel, mais constituait bien un crédit de campagne ayant une affectation purement agricole ; que la nationalisation entraînant la prise en charge automatique du passif grevant le bien nationalisé, en contrepartie et à valoir sur l'indemnité d'expropriation, il s'était opéré, relativement à la créance de la Compagnie française de crédit et de banque une novation par changement de débiteur ; que l'Etat s'étant ainsi subrogé de plein droit passivement et activement dans des droits et obligations, il ait été normal qu'il l'appelle à se substituer à lui devant le seul ordre juridictionnel où il puisse comparaître en vertu de l'article 7 du code de procédure civile et qu'il appelle son créancier en cause pour rendre le débat contradictoire et opposable à toutes les parties du litige ; qu'il soutient, relativement à l'application qui lui a été faite de l'article 12 du décret n.- 63.88 du 18 Mars 1963, que la créance dont le recouvrement est poursuivi par la Compagnie française de crédit et de banque n'entre pas dans la catégorie juridique de celles antérieures à l'entrée en vigueur de l'etat de vacance ou de nationalisation, dont le texte prévoit le règlement ultérieur dès lors que l'échéance du crédit de campagne se situe à une date postérieure à la nationalisation et que le comité de gestion a incontestablement profité des apports réalisés à la propriété grevée de ce crédit de campagne ; que c'est par suite, en vertu du principe d'enrichisse-

ment sans cause que l'Etat algérien doit être amené à le relever et garantir de toute condamnation qui pourrait être éventuellement prononcée à son encontre.

Sur ce :

Sur les conclusions tendant à faire juger que la Compagnie française de crédit et de banque devait demander le remboursement de sa créance à l'administration expropriante :

Attendu que ces conclusions, dont le sieur B. reprend les termes en appel, tendent à faire juger, à titre principal, par la juridiction administrative, que c'est à tort que la Compagnie française de crédit et de banque l'a assigné, le 7 Avril 1966, devant le Tribunal d'Alger, pour avoir paiement des billets litigieux ;

Que par lesdites conclusions, déjà précédemment présentées, comme moyen de défense à l'action engagée contre lui devant le tribunal, le sieur B. a créé entre ladite action et le présent procès une situation de connexité qui trouve sa solution dans l'application des articles 90 et 148 du code de procédure civile prévoyant le renvoi de la seconde instance si les parties le demandent ;

Que tel est le cas dans le présent procès, de la part de la Compagnie française de crédit et de banque, il convient de rejeter les conclusions dont s'agit :

Sur les conclusions du sieur B., en ce qu'elles sont dirigées contre l'O.N.R.A.

Attendu qu'il est constant que l'Office National de la Réforme agraire (O.N.R.A.) est un établissement public à caractère industriel et commercial ; qu'en application des dispositions de l'article 7 du code de procédure civile, la Cour d'Alger statuant en matière administrative ne pouvait être valablement saisie d'une action dirigée contre cet établissement.

Qu'il y a donc lieu de rejeter, comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître, les conclusions de la requête en tant qu'elles sont dirigées contre l'Officie National de la Réforme agraire.

Au fond :

Sur les autres conclusions du sieur B. :

Attendu qu'en supposant établi, comme le soutient le sieur B., que le montant des billets litigieux ait servi à réaliser, antérieurement au 10 Octobre 1963, des apports à la propriété agricole dont il a été dépossédé, la question que présente à trancher le présent litige n'est pas de savoir si, comme l'ont estimé les premiers juges, l'article 12 du décret n.- 63.88 du 18 Mars 1963 s'opposerait à l'exercice de poursuites ou de voies d'exécution contre le bien, car tel n'est

pas l'objet du procès, mais si en déclarant biens de l'Etat les exploitations agricoles appartenant aux personnes physiques n'ayant pas la nationalité algérienne le décret n.- 63.88 du 1er Octobre 1963 a entendu transférer à l'Etat ou aux organismes appelés à en assurer la gestion, en même temps que les biens immobiliers et mobiliers constituant les dites exploitations tels qu'ils existaient au jour de la dépossession, la charge des obligations qui peuvent avoir été contractées par les propriétaires, en vue desdites exploitations antérieurement à leur nationalisation, sous forme notammment de crédits de campagne ;

Attendu d'une part, que les exploitations agricoles appartenant aux personnes physiques ne possèdent point la personnalité morale non plus qu'un patrimoine distinct du patrimoine personnel de leur propriétaire ; qu'on ne saurait à leur égard, parler d'actif et de passif propres à elles ;

Attendu d'autre part, qu'il est de principe que la novation par substitution d'un nouveau débiteur ne peut résulter que de la volonté du créancier et du débiteur substitué ;

Que l'absence, dans le décret du 1er Octobre 1963 déclarant biens de l'Etat les exploitations agricoles, de toute disposition analogue à celle qui figure dans certaines autres décisions de nationalisation prévoyant le transfert de l'ensemble des biens, droits et obligations d'entreprises nationalisées aux organiems qui leur sont substitués (ex-décret du 22 Mai 1964 sur les meuneries et semouleries) montre que la puissance publique a entendu, en ce qui concerne les exploitations agricoles, réserver entièrement sa décision en ce qui a trait à une éventuelle indemnité d'expropriation ; qu'on ne saurait donc, comme y invite le sieur B. parler de prise en charge du passif grevant le bien nationalisé, «en contrepartie et à valoir sur l'indemnité d'expropriation» ;

Qu'on ne saurait, enfin, relativement aux apports réalisés à la propriété au moyen des fonds ayant pu provenir du crédit de campagne, parler d'enrichissement sans cause, dès lors que ces apports, nécessairement antérieurs à la date de la nationalisation, se sont trouvés fondus dans les biens mobiliers et immobiliers frappés par la mesure ;

Attendu qu'il résulte de tout ce qui précède que le sieur B. n'est pas fondé à soutenir que l'administration est tenue d'apurer «le passif» de son exploitation ;

Sur la demande subsidiaire en garantie dirigée contre l'Etat ;

Attendu qu'il est de principe qu'une demande en garantie principale ne peut être valablement formée que relativement à une condamnation déjà prononcée contre la personne qui demande à en être relevée, et passée en force de chose jugée ;

Attendu qu'il résulte des éléments du dossier que l'instance introduite par la

Compagnie française de crédit et de banque contre le sieur B. devant le tribunal d'Alger a fait l'objet d'un jugement rendu par cette juridiction, le 31 Mai 1967, condamnant l'intéressé à payer à la demanderesse le montant des billets litigieux, mais que ce jugement a été frappé d'appel devant la Cour d'Alger laquelle n'a pas encore statué au jour du prononcé du présent arrêt ;

Que la demande du sieur B., tendant à être relevé et garanti de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encotre dans la dite instance, est donc en l'état irrecevable ;

Sur la mise en cause de la Compagnie française de crédit et de banque, dans présente instance ;

Attendu que si la juridiction administrative n'a pas qualité pour connaître de procès opposant des personnes privées, rien ne fait obstacle, toutefois, à ce qu'à l'occasion d'un procès entrant dans sa compétence, un particulier soit appelé en déclaration de jugement commun ; que tel est bien le cas de la présente instance où le sieur B., en y appelant en cause la Compagnie française de crédit et de banque, a simplement entendu, comme il le précise dans ses mémoires d'appel rendre le débat contradictoire et opposable à toutes les parties intéressées au litige ;

Qu'il convient donc d'infirmer sur ce point l'arrêt dont est appel ;

PAR CES MOTIFS :

Et ceux non contraire des premiers juges ;
Confirme l'arrêt entrepris en ce qu'il a rejeté la requête du sieur B. ;
L'amende à l'égard de la Compagnie française de crédit et de banque et déclare que ledit arrêt et la présente décision lui seront connus ;
Condamne le sieur B., aux dépens :
MM. KAID HAMOUD, prés.; LAPANNE-JOINVILLE, cons-rap; MOSTEFAI, pro-gen.

– BIBLIOGRAPHIE –

B. ABDESSALEM : Les problèmes pétroliers, Rev. Alg., 1973, p. 709

R. ABRAHMS : Les sociétés en droit international privé, 1957

D. AKKACHE : Analyse économique du monopole d'importation des entreprises publiques, Mémoire D.E.S. des Sciences Economiques, Alger, 1973

A. AKKACHE : Capitaux étrangers et libération économique : l'expérience algérienne, éd. Maspéro, Paris, 1971

G. ALTUVE WILLIAMS : Perspectives de l'industrie des hydrocarbures au Vénézuéla dans le cadre de la législation récente, rapport présenté au Colloque d'Alger des 21/22 et 23 Octobre 1971, sur le droit pétrolier et la souveraineté des Etats.

M. ALVAREZ GARCILIAN : Le grand triangle du pétrole, P.G.A. du 1 Mai 1973, p. 25.

M. AMADIO : Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la BIRD du 18 Mars 1965, L.G.D.J, 1967.

H. ARNOLD : Succursales et filiales dans le marché commun, Eurolibri, 1963, p. 14.

AUTESERRE : La clause statutaire conférant au conseil d'administration le droit d'agrément des cessionnaires de parts sociales, Rev. Soc., 1967.

M. BARAK : Quelques remarques à propos d'une «contribution à une réflexion théorique sur l'entreprise socialiste en Algérie», Rev. Alg. 1974, p. 259.

P.A. BARAN : Economie politique de la croissance, trad. de l'anglais par IL. MOZERE, éd. F. Maspéro, 1970.

S. BASTID : Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'A.R.A.M.C.O., A.F.D.I. 1961-300.

S. BASTID et F. LUCHAIRE : Rapport sur la condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers, in La personnalité morale et ses limites, Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. XVIII Paris, 1960.

H. BATIFFOL : La sentence ARAMCO et le droit international privé, Rev. crit. de dr. int. priv. 1964-647.

H. BATIFFOL : Le changement de nationalité des sociétés, Travaux du Comité français de droit international privé, 1966-1969, p. 67.

H. BATIFFOL et P. LAGARDE : Droit international privé, 5° éd., L.G.D.J., 1970.

M. BEDJAOUI : Le problème de l'indemnisation, rapport à la commission de droit international, 21ème session, A/CNA-216.

K. BELKACEM : Le statut juridique des intérêts pétroliers en Algérie, Thèse dactylo., Paris, 1973.

A. BELLAL : L'investissement au Maroc (1912-1964) et ses enseignements en matière de développement, Faculté de droit et des sciences économiques de Grenoble, 1968.

BENALYCHERIF : Historique de l'industrie des hydrocarbures algériens, El-Moudjahid du 20 Mai 1971.

M. BENCHIKH : Les instruments juridiques de la politique pétrolière en Algérie, th. Alger, 1971.

J. BENDDEDOUCHE : De la notion de nationalité et de son application à la nationalité algérienne, thèse dactylo, Alger, 1971.
J.J. BERREBY : Une conjoncture favorable à la révision des accords de 1965 avec la France, le Monde diplomatique, Septembre 1970.
C. BETTELHEIM : Planification et croissance accélérée, éd. Maspéro, Paris, 1967.
BLONDEAU : Concl. s. Cass. civ., 1ère Ch., 23 Avril 1969, GP 1969-2-276.
R. BOUYSSOU : Le régime minier du pétrole saharien, Bulletin de l'A.F.T.P. du 31 Janvier 1969.
F. BORELLA : Le droit public économique algérien, Rev. Alg. 1966, p. 148.
J. BOULOUIS : Le colloque sur le droit des nationalisations, Rev. int. dr. comp., 1958, p. 374.
M. BOURELY : Le droit international privé du Maroc indépendant, Rev. Crit. dr. int. priv. 1962-211.
J.D. BREDIN : L'entreprise semi publique et publique et le droit privé, LGDJ, 1957.
J.D. BREDIN : Note s. Cour d'Appel de Paris, 21 Octobre 1965, J. dr. int. priv. 1966-360.
J.D. BREDIN : Note s. Cass. civ. 25 Janvier 1966, Jour. dr. int. priv. 1966-631.
A. BROCHES : L'action de la B.I.R.D. et la création de son centre d'arbitrage, in Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, éd. Pédone, Paris, 1968.
BURGARD : A propos de la cessibilité des actions, Rev. Soc., 1957.
J.J. BURGER : L'association coopérative algéro-française... son fonctionnement, Rev. Alg. 1969.
A. BUZIN : De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale, J.C.P. 1946-I-567.
M. BYE : Aide, commerce ou coopération ? L'association coopérative et les accords pétroliers Franco-Algérien, in Développement et Civilisation, décembre 1965.
M. BYE : Vers l'association à la production et au développement mondial un exemple : les accords Franco-Algériens, in Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, éd. Pédone, Paris, 1968.
CAMERLYNCK : De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes, th. Paris, 1929.
G.H. CAMERLYNCK ET G. LYON-CAEN : Droit du travail, Précis Dalloz, 4ème éd.
B. CARRERE : La décennie du pétrole, Jeune Afrique du 14 Mai 1971.
C. CHAMPAUD : Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962.
P. CHARDENON : Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes, Cl. 1967-290.
P. CHARDENON : La nationalité des sociétés dans les rapports Franco-Algérien, Travaux du comité français de droit international privé, 1966-1969, p. 286.
J.M. CHEVALIER : Introduction théorique à l'économie du pétrole, Rev. Alg., 1973, p. 759.

J.M. CHEVALIER : Le nouvel enjeu pétrolier, Calman-Levy, Paris, 1973.

R. CONTIN : L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968, Chr. p. 45.

P. COULOMBEL : Le particularisme de la condition juridique des personnes morales et le droit privé, thèse, Nancy, 1949.

P. CUCHE et J. VINCENT : Procédure civile, Dalloz, 13ème éd., 1963.

M. DAHAN : Comment investir en Afrique, Jeune Afrique, supplément du 1er trimestre 1971.

S. DAIRAINES : Les étrangers et les sociétés étrangères en France ; statut juridique, fiscal et social, immunités, Villefort, Paris, 1957.

DALSACE : A propos des clauses de préemption dans les sociétés, Rev. Banque et bourse, 1948.

C. DAVID : La liberté du commerce en Algérie, Rev. Alg., 1972, p. 633.

R. DAVID : Rapport général, in La personne morale et ses limites, Paris, 1960.

C. DEBBASCH : Les économies maghrébines, l'indépendance à l'épreuve du développement économique, éd. C.N.R.S., 1971.

P. DECROUX : Les sociétés en droit international marocain, Rev. des soc. 1961, doct., p. 153.

DESANGLES : Concl. s. Cass. civ. 25 Janvier 1966, Rev. Crit. dr. int. priv. 1966-238.

DE SOTO : Encycl. Dall. dr. civ., V° Nationalisation.

G. DESTANNE DE BERNIS : L'économie algérienne depuis l'indépendance, in Les économies maghrébines, l'indépendance à l'épreuve du dévelppement économique, éd. C.N.R.S., 1971.

G. DESTANNE DE BERNIS : Les problèmes pétroliers algériens, Rev. Alg. 1973.

G. DESTANNE DE BERNIS : La contribution du gaz au développement économique de l'Algérie, P.G.A. du 16 Juillet 1973.

DEVEAUX - CHARBONNEL : Les accords de Téhéran et de Tripoli, A.F.D.I., 1971, p. 131.

P. DUBELLOY : Des nationalisations et autres expropriations publiques en droit international privé comparé, thèse dactylo., Paris, 1958.

L. DURAND-REVILLE : Les investissements privés au service du Tiers-Monde, éd. France-Empire.

EL-KOCHERI : Les nationalisations dans les pays du Tiers-Monde devant le juge occidental, Rev. Crit. dr. int. priv., 1967-249.

M. EL-SAYED : L'organisation des pays exportateurs de pétrole : étude d'une organisation internationale pour la défense des intérêts privés des Etats, L.G.D.J., Paris, 1967.

J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT : Les sociétés.

G. FARJAT : Droit économique, Presse universitaire de France, 1971.

G. FISCHER : Droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles, Rev. de droit contemporain, Décembre 1961.

G. FISCHER : L'organisation des pays exportateurs de pétrole, A.F.D.I. 1961-162.

G. FISCHER : La souveraineté sur les ressources naturelles, A.F.D.I. 1962.

P. FOUCHARD : L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965.

G. FOUILLOUX : La nationalisation et le droit international public, L.G.D.J., Paris, 1962.

J. FOYER : Sens et portée de la personne morale en France, in La personne morale et ses limites, Paris, 1960.

J. FOYER : La nationalité des sociétés dans les rapports entre la France et les nouveaux Etats Africains d'expression française, Travaux du Comité Français de droit international privé, 1966-1969, p. 278.

P. FRANCESCAKIS : Rep. Dall. dr. intern., V° Conflits de lois.

P. FRANCESCAKIS : Note s. Cass. cv. 25 Janvier 1966, Rev. crit. dr. int. priv., 1966-238.

P. FRANCESCAKIS : Lueur sur le droit international des sociétés de capitaux ; l'arrêt «Barcelona» de la Cour interntionale de justice, Rev. crit. dr. int. priv. 1970-661.

P. FRANCESCAKIS : Les problèmes du droit international privé de l'Afrique Noire indépendante, Rec. Cours, Acad. Haye, Volume 112.

J. FROSSARD : Un vide législatif : la nationalité des sociétés, D. 1969, chr. p. 9.

GAIN : Les entraves à la Cessibilité des actions, G.P. 1940-2- doct., p. 81.

C. GARREAU DE LOUBRESSE : Structures et réalités juridiques des nationalisations algériennes, Rev. int. dr. comp., 1965, p. 73.

A. GEORGEL : L'agrément administratif, A.J.D.A. 1962-467.

A. GHANASSIA : Note s. Trib. Aix en Provence, 8 Mars 1965, D. 1965, p. 593 ; note s. Toulouse, 2ème Ch., 14 Novembre 1966, JCP 1967-II-15083.

S.A. GHOZALI et G. DESTANNE DE BERNIS : Les hydrocarbures et l'industrialisation de l'Algérie, Rev. Alg., 1969, p. 253.

S.A. GHOZALI : L'association coopérative algéro-française, ses buts, son bilan, ses perspectives, Rev. Alg. 1969.

F. GIVORD : Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité, D. 1968, chr., p. 15.

GODART et LOYRETTE : Sahara, organisation politique et administrative. Droit pétrolier. Régime des investissements (sociétés d'études et de publication Orient 114 Champs Elysée Paris).

G. DE GRANDCOURT : Les conflits de lois en matière de vente internationales d'objets mobiliers corporels dans la communauté Economique Européenne, thèse dactylo. Rennes, 1965.

G. DE GRANDCOURT : Rep. Dall. dr. int., V° «Sociétés».

P. GRAULICH : Règles de conflits et règles d'application immédiate, mélange Dabin, 1963.

N. GUECHE : La législation des biens vacants en Algérie, Rev. Alg. 1964, p. 129.

J. HAMEL : Le statut juridique et fiscal des sociétés étrangères, Bull. de la société de législation comparé, 1948-779.

J. HAMEL : La personnalité morale et ses limites, D. 1949, doct. p. 24.

HAMEL et LAGARDE : Traité de droit commercial.

M.S. HASSAN : La nouvelle stratégie du cartel dans l'optique des prix et de la participation, P.G.A. du 16 Décembre 1972, p. 19.

DE HOCHEPIED : La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, Paris, 1965.

M. ISSAD : Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur, L.G.D.J., Paris, 1970.

L. JACQUIGNON : Le régime des biens des entreprises nationalisées, 1954.

P. JALLEE : Pillage du Tiers-Monde, éd. F. Maspéro, 1970.

J.M. JEANNENEY : Rapport sur la politique de coopération avec les pays en voie de développement, Juillet 1963, Documentation française, p. 25.

P. JUDET : Engineering et industrialisation, PGA du 1 Mai 1972, p. 21.

L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, R. RODIERE et R. HOUIN : Droit commercial, Dalloz, 3ème éd., 1962.

P. KAHN : Rapport général, in Les investissements et le développement économique du Tiers-Monde, éd. Pédone, Paris, 1968.

P. KAHN : Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage, in Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, éd. Pédone, Paris, 1968.

P. KAHN : Rep. Dall. dr. int., V° «Investissement».

P. KAHN : Etudes de quelques problèmes juridiques de la vente internationale de gaz, in Les hydrocarbures et le développement des pays producteurs, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Dijon.

M. KARA MOSTEFA : Le statut des investissements privés en Algérie, mémoire D.E.S. de droit public, Alger, 1970.

K. KATZAROV : Théorie de la nationalisation, éd. de la Baconnière, Neutchâtel, 1961.

KISS : La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale, in La personne morale et ses limites, Paris, 1960.

KNAPP : Le concept de «personnes morales» dans le droit tchécoslovque, Rev. int. droit comparé, 1959-521.

P. LALANDE : La nationalité des sociétés et l'indépendance de l'Algérie, G.P. 1964-2- doct. 33.

E. LARCHER : Traité élémentaire de législation algérienne, 2ème éd., 1911, t.1.

LAVAN : Le transfert du passif des entreprises de presse dont les biens ont été transférés à l'Etat, J.C.P. 1950-I-873.

LEBLOND : Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur-général et du directeur général adjoint dans la théorie institutionnelle, G.P. 1957-I- doct., p. 29.

J. LECA : L'organisation provisoire des pouvoirs publics de la République Algérienne, Revue Alg., 1964.

LECOUTURIER : La condition juridique en France des anciennes sociétés commerciales d'Alsace et de Lorraine, cl. 1919-1035.

P. LEGOUX : Quelques codes des investissements, R.J.P.I.C. 1968.

P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN : Traité de droit international privé.

LONG, WEIL, BRAIBANT : Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1965.

Y. LOUSSOUARN : La nationalité des sociétés, J. cl. dr. int. fasc. 564 A.

Y. LOUSSOUARN : Les conflits de lois en matière de sociétés, Sirey, 1949.

Y. LOUSSOUARN : La condition de la personne morale en droit privé international, Rec. Cours Acad. Haye, 1959, p. 547.
Y. LOUSSOUARN : La nationalité des sociétés dans la législation de développement, Annales Africaines, 1962, p. 222.
Y. LOUSSOUARN : Note s. Cass. Civ., 25 Janvier 1966, D. 1966-390.
Y. LOUSSOUARN : Note s. Cour d'Appel de Paris, 1ère ch., 17 Mai 1967, cl. 1967-74.
Y. LOUSSOUARN : Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises, D. 1969, chr., p. 241.
Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN : Droit du Commerce international, Sirey, Paris, 1969.
J. LOYRETTE : Statut de la recherche dans le code pétrolier saharien, R.J.P. Dom. 1959.
J. LOYRETTE : La garantie nouvellement accordée aux investisseurs français en Afrique est insuffisante, le Monde, 22 Décembre 1970.
L. LUCAS : Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés, J.C.P. 1953-I-1104.
F. LUCHAIRE : La société étrangère dans les pays sous-développés, in La personnalité morale et ses limites, Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, XVIII, Paris, 1960.
G. LYON-CAEN : Les diverses formules de nationalisation, Droit Social 1945, p. 41.
A. MAHIOU : Le contentieux administratif en Algérie, Rev. Alg. 1972, p. 620.
MALINVAUD : Initiation à la comptabilité nationale, éd. INSEE, Paris, 1960.
N. MASSOUNABE-PUYANNE : Le régime fiscal du pétrole saharien, Bulletin de l'A.F.T.P. du 31 Janvier 1959.
L. MAZEAUD : De la nationalité des sociétés, cl. 1928-30.
T. MENDE : De l'aide à la recolonisation - Les leçons d'un échec, éd. du Seuil, 1971.
M. MIAILLE : Les grands services publics et les entreprises publiques, Cours polycopié, 1971-1972, Alger.
M. MIAILLE : Contribution théorique sur l'entreprise socialiste algérienne, Rev. Alg. 1972, p. 653.
Z. MIKDASHI : Les termes de l'échange des pays de l'OPEP, P.G.A. du 1er Novembre 1971.
MUNCH : Les effets d'une nationalisation à l'étranger, Rec. Cours. Acad. Haye, 1959, III, p. 495.
D. MURAT : L'intervention de l'Etat dans le secteur pétrolier en France, éd. Technique, Paris, 1969.
NATIONS-UNIES : Rapport sur les sociétés multinationales et le développement mondial, ST/ECA/190, New-York, 1973.
J.P. NIBOYET : Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, Rev. dr. int. priv. 1927-402.
J.P. NIBOYET : Droit international privé français, 2ème éd., 1951.
J. NOIREL : Le droit civil contemporain et les situation de fait, R.T.D.C., 1959, p. 456 et s.
OLLIER : Le directeur général adjoint dans la société anonyme, R.T.D.Co., 1961.

B. OPPETIT : Note s. Cass. 1ère ch., 30 Mars 1971, J.C.P. 1971-17101.

M. PAILLERE : Le contrat d'investissement dans les pays en voie de développement, in Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde, éd. Pédone, Paris, 1968.

J. PARENT : La concentration industrielle, Presse Universitaire de France, 1970.

F. PERROUX : Grande firme et petite nation, Annexe 4 au rapport Jeanneney, Documentation française, p. 55.

R. PICARD : Définition des filiales, mélanges Capitant.

PILLET : Des personnes morales en droit international privé.

R. PINTO : Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de justice, Journ. dr. int. priv. 1970-976.

J. PORTENER : Du contrat à l'institution, J.C.P. 1947-I-586.

A. RABINOVITCH : Les nationalisations d'Algérie devant les tribunaux français, Rev. Banque, 1966-239.

RIBS et ASTIMA : Le droit à l'indemnisation des spoliés d'Algérie, J.C.P. 1966-1974.

D. DE RICCI et J. TUOT : Filiales et succursales dans le marché commun, Eurolibri, 1963.

T. RIFAI : La stratégie des compagnies pétrolières face aux nouvelles sources d'énergie, P.G.A. du 1 Août 1973, p. 23.

G. RIPERT : Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 2ème éd., L.G.D.J., Paris, 1951.

G. RIPERT et R. ROBLOT : Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J., 5ème éd., 1963.

J. RIVERO : Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit, Arch. Philo du droit, 1952, p. 147.

J. RIVERO : Droit administratif, Précis Dalloz, 4ème éd.

ROLLAND : La recherche et l'exploitation des gisements de pétrole, R.D.P. 1923.

J. RUSSO : Le statut administratif de l'entreprise de recherche et d'exploitation minière, L.G.D.J., 1959.

SAADIA : La convention fiscale Algéro-Française, mémoire D.E.S., Alger, 1970.

SAINFELD : La clause de préemption, th. Strasbourg, 1942.

M. SALAHEDINE : Les visées pétrolières françaises en Algérie à travers l'évolution des institutions et des textes, P.G.A. du 16 Mars 1971.

SALEM : La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger, cl. 1919-23.

A. SAMPSON : L'Etat I.T.T. souverain, éd. A. Moreau, Paris, 1973.

N. SARKIS : Le pétrole et les économies arabes, L.G.D.J., 1963.

N. SARKIS : Pétrole : participation et manœuvres politiques, Africasia, 18 Octobre 1971.

N. SARKIS : Pétrole et développement économqiue dans les pays arabes, P.G.A. du 16 Janvier 1972.

N. SARKIS : L'accord de New-York et ses incidences pétrolières, économiques et politiques sur les pays arabes, El-Moudjahid, 7 Octobre 1972.

N. SARKIS : La crise de l'énergie et son impact sur l'industrie pétrolière, P.G.A. du 1er Janvier 1974.
SARRAUTE et TAGER : Les effets en France des nationalisations, J. dr. int. priv. 1952, p. 496 et 1138.
R. SAVATIER : Le prétendu effet relatif des contrats, R.T.D.C. 1934-525.
R. SAVATIER : Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Mélanges Ripert, 1950, tome 1, p. 75 et s.
R. SAVATIER : Note s. T.C., 23 Novembre 1959, D. 1960-223.
E. SCHAFFER : Rep. Dall. Dr. Int., V° «confiscation».
SELTENSPERGER : Concl. s. Paris, 1ère ch., 17 Janvier 1967, J.C.P. 67-II-15032.
J.P. SERENI : Tempête sur le pétrole, Jeune Afrique, 30 Octobre 1971.
H.W. SHAWCROSS : Le problème des investissements à l'étranger en droit international privé, Rec. cours. Acad. Haye, 1961-I-369.
J.M. SIMON : Une source d'énergie présente à tous les niveaux de l'activité économique d'un pays moderne, le Monde diplomatique, Mars 1971.
A. SOULEIMAN : La nouvelle loi pétrolière algérienne et la souveraineté de l'Etat sur les richesses naturelles communication présentée au Colloque d'Alger des 21/22 et 23 Octobre 1971, sur le droit pétrolier et la souveraineté des Etats.
A.H. TARIKI : Coopération non exploitation, rapport présenté au Colloque d'Alger des 20/21 et 22 Ocotbre 1971, sur le droit pétrolier et la souveraineté des pays.
C. THIBIERGE : Le statut des sociétés étrangères, rapport au 57ème Congrès des notaires de France, Tours, 1959.
A. TIDANINI : Le plan quadriennal, éd. S.N.E.D., Alger, 1972.
T. TREVES : Les nationalisations en Allemagne de l'Est et la fondation Carl Zeiss, Rev. Crit. dr. int. priv. 1967-23.
H. VALLAT : Indépendance économique, équilibre et développement, Rev. Alg. 1972, p. 317.
R. VAN DER ELST : Les lois de police en droit international privé français et belge, Bruxelles, 1957.
M. VANHAEK : Les groupes de sociétés, L.G.D.J., réd. 1962.
L. VAURS : Investissements étrangers entre Etats et personnes privées. La convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Pédone, Paris, 1969.
G. VEDEL : La technique des nationalisations, Droit Social, 1945, p. 49.
J.M. VERDIER : Jurisel. Droit, Com., V° Filiales et Participations.
J.M. VERDIER : L'indépendance de l'Algérie et le droit international privé, Travaux du Comité français de droit int. priv. 1966-1969-35.
C. VIGNER : L'accord Franco-Algérien du 23 Juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droits acquis au sahara, A.F.D.I. 1964-383.
P. DE VISSCHER : La protection diplomatique des personnes morales, Cours Acad. Haye, 1961-I.
G.S. VLACHOS : Le droit de la planification, Rev. Alg. 1971, p. 669.
G.S. VLACHOS : Le régime juridique des entreprises publiques en Algérie, Rev. Alg. 1972, p. 431.
A. WEILL : Les obligations, Précis DAlloz, 1971.

P. WEIL : Contrat entre Etats et particuliers, R.C.A.D.I., 1969, T. III.
B. YANAT : Notions budgétaires et fiscales, S.N.E.D.
H. ZAKARIA : La participation dans l'optique du dépassement du régime des concessions, P.G.A. du 16 Février 1972, p. 20.
H. ZAKARIA : Le pétrole arabe : urgence d'un «New deal», P.G.A. du 1er Avril 1972, p. 21.
H. ZENATI : La Sonatrach première compagnie pétrolière du Tiers-Monde, Jeune Afrique du 4 Mai 1971.
R. ZERGUINE : Le régime des banques en Algérie, th. dactylo., Alger, 1974.

– TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES –

- Pages -

INTRODUCTION GENERALE 7

SECTION I. – La société étrangère dans la période transitoire 7
§ 1. – Le caractère conservatoire de la législation des biens vacants 9
A). – L'administration provisoire des entreprises en état de vacance 9
B).– Le maintien des droits des propriétaires 10
§ 2. – La dévolution à l'Etat des biens vacants 11
A). – Le champ d'application de l'ordonnance du 6 Mai 1966 12
B). – L'absence d'indemnisation 13

SECTION II. – La société étrangère dans la politique de développement économique . 14
§ 1. – L'activité de la société étrangère non établie sur le territoire 17
§ 2. – L'activité de la société étrangère établie sur le territoire 19
A). – L'orientation extraterritoriale de la société étrangère 19
B). – La volonté de l'Algérie de contrôler l'activité de la société étrangère 21

PLAN 21
PARTIE I.– La notion de la société étrangère 22
TITRE I. – L'autonomie de la loi applicable à une société par rapport à sa nationalité 27
CHAPITRE I. – L'inadaptation des critères traditionnels 28

SECTION I. – Le rejet de tout critère volontariste 28
§ 1. – Le critère de l'autonomie de la volonté 28
A). – L'exposé de la thèse du droit d'option législative 29
B). – La réfutation de la thèse du droit d'option législative 30
§ 2. – Le critère du lieu de constitution 31
A). – Le critère du lieu de constitution et l'affaire de l'ex-société de l'Ouenza 32
B). – Le critère du lieu de constitution et l'obligation de constituer une société 36

SECTION II. – Le rejet du critère du siège social 37
§ 1. – Le siège social suscite des objections intrinsèques 38

A). – Le caractère superficiel du critère du siège social 38
1/. – La diversité des éléments de rattachement du siège social 38
2/. – La localisation du siège social ne reflète pas celle du centre de décision 40
B). – Le fondement volontariste du critère du siège social 43
1/. – L'installation initiale du siège social et la volonté des associés 44
2/. – Le transfert du siège social et la volonté des associés 45
§ 2/ – Le siège social n'est pas admis en droit positif 46
A). – Le siège social et la législation 47
1/. – Le siège social et l'interdiction de le transférer sans une autorisation 47
2/. – Le siège social et l'obligation de le situer sur le territoire 48
B). – Le siège social et la jurisprudence 49

SECTION III. – Le rejet du critère du contrôle 53
§ 1. – Le critère du contrôle, la jurisprudence française et la mutation de souveraineté en Algérie 53
A). – La référence exclusivement formelle au critère du siège social 56
B). – L'application déguisée du critère du contrôle 58
§ 2. – Le critère du contrôle et les conventions d'établissement Franco-Africaines . 60

CONCLUSION 62
CHAPITRE II. – Le territorialisme nécessaire 63
SECTION I. – Les fondements du territorialisme 64
SOUS-SECTION I. – Le territorialisme et les données techniques 64

§ 1. – La justification du territorialisme et la personne morale 65
A). – L'irréductibilité de la personne morale à la personne physique 65
B). – L'échec des justifications en vue de fonder l'extraterritorialité du droit des sociétés 67
1/. – L'extraterritorialité du droit des sociétés et le respect international des droits des acquis 68
2/. – L'extraterritorialité du droit des sociétés et le statut personnel 69
3/. – L'extraterritorialité du droit des sociétés et l'unité du régime juridique de la société 72
§ 2. – La justification du territorialisme, les «lois de police» et le droit des sociétés. 73
SOUS-SECTION II. – Le territorialisme et les données législatives 76
§ 1. – L'obligation de constituer une filiale de droit algérien imposée par le droit pétrolier à la société étrangère 76
§ 2. – L'autorisation administrative imposée par le code des investissement et par le droit commun 78
A). – L'agrément préalable à l'établissement 78
B). – L'influence de l'agrément sur la désignation de la loi applicable à une société .. 79
§ 3. – L'affirmation du principe de l'application territoriale du droit des sociétés par l'avant-projet du code civil 81

SECTION II. – Le contenu et la portée du territorialisme 81
§ 1. – Le contenu du territorialisme 81
A). – Le rejet du territorialisme modéré 82
B). – L'adoption du territorialisme intransigeant 86
§ 2. – La portée du territorialisme 87
A). – La portée du territorialisme et la succursale étrangère 87
B). – La portée du territorialisme et la filiale étrangère 89
CONCLUSION 91
TITRE II. – La condition de la société étrangère suppose la recherche de sa nationalité 92
CHAPITRE I. – Le rejet du critère du siège social 95
SECTION I. – L'exposé de la thèse du siège social 95
SECTION II. – L'appréciation de la thèse du siège social 96
CHAPITRE II. – L'adoption du critère du contrôle 99
SECTION I. – L'exposé du critère du contrôle 99
§ 1. – Le critère du contrôle, source de fraude ? 100
§ 2. – Le critère du contrôle, source de difficulté dans sa mise en œuvre ? 101
A). – L'application du critère du contrôle et les diverses sociétés commerciales 102
1/. – La société de personnes et la société à responsabilité limitée 102
2/. – La société de capitaux 103
B). – L'application du critère du contrôle et la présomption de conformité de la nationalité des dirigeants à celle de la société 104

SECTION II. – Le développement de la notion de contrôle en droit positif 105
§ 1. – Le développement législatif du critère du contrôle 105
A). – La référence exclusive au critère du contrôle 105
1/. – Le décret n.- 63.388 du 1er Octobre 1963 et la récupération des terres 105
2/. – L'ordonnance du 15 Septembre 1966 et les transferts de fonds 106
3/. – L'ordonnance du 31 Décembre 1969 et l'établissement de la société étrangère sous l'empire du droit commun 107
B). – La référence, en apparence non exclusive, au critère du contrôle 108
1/. – L'ordonnance du 12 Avril 1971 et l'activité pétrolière de la société étrangère . 108
2/. – L'ordonnance du 3 Décembre 1971 et les associations étrangères 111
§ 2. – Le développement jurisprudentiel du critère du contrôle 113
A). – Le privilège de juridiction et l'utilisation conjointe du siège social et du contrôle. 113
B). – Le privilège de juridiction et l'utilisation implicite du siège social 115

CONCLUSION 120
PARTIE II. – La condition de la société étrangère 121
TITRE I. – La condition de la société étrangère au moment de son établissement .. 124
SOUS-TITRE I. – Les différents cadres juridiques d'établissement 124
CHAPITRE I. – Le droit pétrolier 125
SECTION I. – La société étrangère ne peut plus bénéficier de l'attribution d'un titre minier 131
SOUS-SECTION I. – Le code pétrolier saharien et l'attribution privée des titres miniers 132
§ 1. – L'attribution de l'autorisation de prospection 132
§ 2. – L'attribution du permis exclusif de recherche 133
A). – Les obligations de la société attributaire d'un permis de recherche 133
1/. – Les obligations techniques 134
2/. – Les obligations financières 134
B). – Les droits de la société attributaire d'un permis de recherche 135
1/. – Le droit exclusif de prospection et de recherche 135
2/. – Le droit de disposer des hydrocarbures extraits à l'occasion de la recherche ... 135
3/. – Le droit à l'obtention automatique d'une concession 136
§ 3. – L'attribution des titres d'exploitation 136
A). – L'autorisation provisoire d'exploiter 136
B). – La concession 137
1/. – Les obligations de la société concessionnaire 137
2/. – Les droits de la société concessionnaire 138
SOUS-SECTION II. – L'ordonnance du 12 Avril 1971 et l'attribution publique des titres miniers 139
§ 1. – Le principe : La Sonatrach, attributaire exclusif des titres miniers 139
A). – L'attribution publique des titres n'apporte aucune modification quant à la propriété du domaine minier 140
1/. – La propriété des gisements et l'échec du système de l'accession 141
2/. – La propriété des gisements et le recours au système de la domanialité 142
B). – L'attribution publique des titres introduit une modification dans la méthode de gestion du domaine minier 143
§ 2. – L'exception : La cotitularité des titres au profit de la société Getty 144
A). – La cotitularité des titres et les accords de 1968 145
B). – La cotitularité des titres et l'avenant de 1972 146
SECTION II. – La société étrangère peut exercer une activité pétrolière au sein d'une association mixte 147
SOUS-SECTION I. – L'association mixte et conditions indépendantes de sa naissance 148
§ 1. – La conclusion d'une convention d'établissement 148
A). – Les modalités de conclusion et le contenu de la convention d'établissement .. 149
1/. – Le protocole liant la société étrangère à l'Etat 150
2/.– L'accord liant la société étrangère à la Sonatrach 151
B). – L'approbation de la convention d'établissement 152
1/. – L'entrée en vigueur de la convention d'établissement peut être exceptionnellement indépendante de son approbation 153
2/. – L'entrée en vigueur de la convention d'établissement est en principe dépendante de son approbation 154
§ 2. – La justification des capacités techniques et financières 155
A). – Les investissements de recherche et de développement 156
B). – Les avances de trésorerie 158
SOUS-SECTION II. – L'association mixte et les conditions liées à sa naissance 158
§ 1. – Le quantum de la participation étrangère dans le capital de la société mixte 159
§ 2. – La forme de la société mixte 163
I. – Le recours à l'association en participation ou à la société anonyme 164
A). – L'association en participation 166

1/. – L'absence de personnalité morale 166
2/. – L'institution d'organes de direction 167
B). – La société anonyme 169
II. – L'exercice du contrôle dans les organes de direction 170
A). – Le principe : Le contrôle majoritaire exercé par la Sonatrach 170
B). – L'exception : Le contrôle paritaire exercé par la Sonatrach et Getty 171
§ 3. – L'exercice du rôle d'opérateur 172
A). – Le rôle d'opérateur appartient de plein droit à la Sonatrach 172
B). – Le rôle d'opérateur peut être confié à la société étrangère 173
CHAPITRE II. – Le code des investissements 175
SECTION I. – Le domaine d'application du code des investissements 175
§ 1. – La société étrangère doit investir dans l'industrie ou le tourisme 176
A). – L'exigence d'un investissement direct 177
B). – L'exclusion de l'activité commerciale autre qu'industrielle ou touristique 178
§ 2. – La société étrangère ne peut investir de façon autonome dans les secteurs vitaux 179
SECTION II. – L'agrément, préalable au bénéfice des dispositions du code des investissements. 181
§ 1. – La procédure d'agrément en cas d'investissement purement privé 181
A). – L'agrément préfectoral 182
B). – L'agrément simplifié 183
C). – L'agrément solennel 184
§ 2. – La procédure d'agrément en cas d'investissement mixte 185
A). – L'approbation des statuts est subordonnée à la prévision de dispositions organisant la cession de titres 185
B). – L'approbation des statuts devrait en principe se faire par décret 186
CHAPITRE III. – Le droit commun 188
SECTION I. – L'établissement est exclu de certains secteurs d'activité 188
A). – L'agriculture 188
B). – L'activité minière autre que celle des hydrocarbures 189
C). – Les assurances 189
D). – L'activité bancaire 190
E). – Les transports 191
SECTION II. – L'établissement est subordonné à une autorisation administrative .. 192
§ 1. – Le champ d'application de l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 192
§ 2. – La portée de l'article 40 de l'ordonnance du 31 Décembre 1969 193
SOUS-TITRE II. – Les obligations communes à tous les cadres juridiques d'établissement.. 195
CHAPITRE I. – La carte d'identité de commerçant 196
SECTION I. – L'absence d'abrogation des textes relatifs à la carte de commerçant étranger. 196
SECTION II. – Le régime de la carte de commerçant étranger 198
§ 1. – Les personnes astreintes à la carte de commerçant 198
§ 2. – Les conditions d'octroi de la carte de commerçant 199
§ 3. – Les sanctions 200
CHAPITRE II. – Les droits d'enregistrement 201
TITRE II. – La condition de la société étrangère en cours de vie sociale 203
SOUS-TITRE I. – La vie financière 204
CHAPITRE I. – La fiscalité 205
A). – Aperçu sur le régime fiscal de droit commun 205
B). – Les régimes fiscaux dérogatoires 206
SECTION I. – La détermination du prix des hydrocarbures servant d'assiette à la fiscalité 211

§ 1. – La fixation des prix fiscaux par les sociétés étrangères 212
§ 2. – La fixation conventionnelle des prix fiscaux 213
A). – La fixation des prix et l'accord Algéro-Français du 29 Juillet 1965 214
B) – La fixation des prix et le protocole Getty 214
§ 3. – La fixation unilatérale des prix fiscaux 215

SECTION II. – Le contenu de l'imposition pétrolière 220
§ 1. – L'impôt direct sur les bénéfices 221
A). – La suppression du fonds de reconstitution des gisements 221
B). – Le taux de l'impôt direct 222
§ 2. – La redevance 223
A). – La redevance, avance sur l'impôt direct 223
B). – La redevance, impôt autonome 224

CHAPITRE II. – Les transferts de fonds 225
SECTION I. – Les transferts de fonds et le droit pétrolier 227
§ 1. – Le régime de rapatriement applicable aux sociétés françaises 228
§ 2. – Le régime de rapatriement applicable à la société Getty 230

SECTION II. – Les transferts de fonds et le code des investissements 230
§ 1. – Les conditions communes à tous les transferts 230
A). – Les transferts financiers sont attachés à la qualité d'étranger 231
B). – Les transferts financiers sont subordonnés à une importation de capitaux 231
C). – Les transferts financiers sont subordonnés à une autorisation de la Banque Centrale 231
§ 2. – Les différents transferts 231
A). – Les transferts reconnus de plein droit 232
1/. – Le transfert annuel des bénéfices 232
2. – Le transfert du produit de la cession de parts ou d'actions 233
B). – Les transferts facultatifs 233

CHAPITRE III. – La transmission des titres et la prise de participation 234
SECTION I. – La cession constitue le seul mode de transmission des titres 235
§ 1. – L'abrogation implicite des modes de négociation des actions 236
§ 2. – L'abrogation implicite des actions au porteur 237

SECTION II. – La cession des titres et la prise de participation sont soumises à une autorisation administrative 238
§ 1. – La cession des titres et l'autorisation administrative 238
A). – L'organe compétent pour conférer l'autorisation de cession de titres 238
B). – La portée de la compétence administrative en matière d'autorisation de cession de titres 239
§ 2. – La prise de participation et l'autorisation administrative 239
SOUS-TITRE II. – Le contentieux 241
CHAPITRE I. – Le règlement des conflits et le droit pétrolier 243
SECTION I. – La remise en cause de la procédure d'arbitrage 246

SECTION II. – L'organisation d'une procédure de conciliation 250
§ 1. – La constitution de la commission de conciliation 250
§ 2. – Les attributions de la commission de conciliation 251
CHAPITRE II. – Le règlement des conflits et le code des investissements 252
SECTION I. – La compétence de principe de la juridiction locale 253
SECTION II. – La compétence exceptionnelle d'une juridiction arbitrale 255
SOUS-TITRE III. – La cessation d'activité de la société 257
CHAPITRE I. – La cession globale des intérêts 258
SECTION I. – La cession intégrale des intérêts et les accords Sonatrach-sociétés françaises 258
SECTION II. – La cession intégrale des intérêts et le protocole Etat-Getty 260
CHAPITRE II. – La nationalisation 261

SECTION I. – Exposé de la thèse du transfert du passif 263
§ 1. – L'adoption du principe du transfert du passif en droit français 264
§ 2. – La transposition du principe du transfert du passif en droit algérien 265
SECTION II. – Appréciation de la thèse du transfert du passif 266
§ 1. – L'exclusion du transfert du passif en l'absence d'une disposition expresse . 267
§ 2. – L'exclusion du transfert du passif lorsque l'entreprise dépossédée n'est pas une personne morale 268
§ 3. – L'exclusion de la novation par substitution de débiteur en l'absence de la volonté du débiteur et du créancier 269
CONCLUSION GENERALE 270

ABREVIATIONS 273
ANNEXE I. 275
ANNEXE II 279
ANNEXE III. 287
ANNEXE IV. 290
ANNEXE V. 293

BIBLIOGRAPHIE 298

Imprimé par Révolution Africaine
Organe Central du F L N
7, rue du Stade HYDRA Alger
1976

223660